

**XIII Conferencia Trilateral  
13-14 de octubre 2011  
Madrid**



**Principi costituzionali in materia penale**

Italia

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

**PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE  
(DIRITTO PENALE SOSTANZIALE)**

*Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale  
delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*

Madrid 13 - 15 ottobre 2011

\*\*\*

*a cura di V. Manes*

ottobre 2011

# INDICE

<b>1. INTRODUZIONE. - L'evoluzione della "Costituzione penale" e l'impatto delle Carte (e delle Corti) sovranazionali .....</b>	<b>9</b>
<b>2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DEL REATO E DELLA PENA .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. Il principio di irretroattività della norma penale .....</b>	<b>14</b>
2.1.1. <i>Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo.....</i>	<i>15</i>
<b>2.2. Il principio di retroattività della norma penale più favorevole.....</b>	<b>17</b>
2.2.1. <i>Il principio di retroattività della lex mitior tra Costituzione e Convenzione europea: la questione della disciplina transitoria della prescrizione.....</i>	<i>19</i>
<b>2.3. Il principio di tassatività e determinatezza .....</b>	<b>21</b>
2.3.1. <i>L'utilizzo di formule descrittive "esemplificative" o "sintetiche", di clausole generali e concetti elastici.....</i>	<i>22</i>
2.3.2. <i>Concetti legali e necessaria verificabilità empirica.....</i>	<i>23</i>
2.3.3. <i>Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi.....</i>	<i>24</i>
2.3.4. <i>Il divieto di analogia in materia penale .....</i>	<i>27</i>
<b>2.4. Il principio di riserva di legge.....</b>	<b>27</b>
2.4.1. <i>Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge) .....</i>	<i>28</i>
2.4.2. <i>Riserva di legge e fonti comunitarie.....</i>	<i>29</i>
2.4.3. <i>Riserva di legge e fonti regionali.....</i>	<i>30</i>
2.4.3.1. <i>Il fondamento del monopolio punitivo statale.....</i>	<i>30</i>
2.4.3.2. <i>L'estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità.....</i>	<i>31</i>
2.4.3.3. <i>Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.....</i>	<i>32</i>
2.4.3.4. <i>Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale: "integrazione tecnica" ed "effetti indiretti".....</i>	<i>34</i>
2.4.4. <i>Riserva di legge e fonti subordinate.....</i>	<i>35</i>
2.4.4.1. <i>Il criterio della "sufficiente specificazione legale" dell'incriminazione.....</i>	<i>35</i>
2.4.4.2. <i>(segue) Le fattispecie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco).....</i>	<i>39</i>
2.4.5. <i>Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive in malam partem .....</i>	<i>40</i>
2.4.5.1. <i>(segue) Il sindacato sulle cc.dd. "norme penali di favore" .....</i>	<i>42</i>

<b>3. IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA .....</b>	<b>45</b>
<b>3.1. L'evoluzione interpretativa sull'art. 27, comma 1, Cost., e il principio della responsabilità personale e colpevole.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2. Il collegamento psichico tra agente e “nucleo significativo della fattispecie” e la sua necessaria rimproverabilità .....</b>	<b>47</b>
<b>3.3. Il principio di colpevolezza come criterio interpretativo.....</b>	<b>48</b>
<b>4. I PRINCIPI DI MATERIALITÀ E OFFENSIVITÀ .....</b>	<b>51</b>
<b>4.1. Il principio di offensività come criterio di controllo sui contenuti (e/o gli oggetti di tutela) delle fattispecie penali .....</b>	<b>52</b>
<i>4.1.1. (segue) Il principio di proporzionalità e il principio di sussidiarietà: il margine di valutazione sull'idoneità/adequatezza della sanzione penale e sulla scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa.....</i>	<i>54</i>
<b>4.2. Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di (anticipazione della) tutela: i reati di pericolo presunto e il limite della “manifesta irrazionalità” .....</b>	<b>56</b>
<b>4.3. Offensività e illegittimità delle tipologie punitive (o aggravatrici) esclusivamente fondate su condizioni o qualità personali (“reati d'autore”).....</b>	<b>56</b>
<b>4.4. Il principio di offensività come “canone interpretativo universalmente accettato” .....</b>	<b>59</b>
<b>5. IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA IN MATERIA PENALE .....</b>	<b>62</b>
<b>5.1. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza e le incriminazioni direttamente contrastanti con il nucleo forte dell'art. 3, comma 1, Cost. ....</b>	<b>62</b>
<b>5.2. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza con riferimento al trattamento sanzionatorio .....</b>	<b>64</b>
<b>5.3. Il principio di proporzione tra disvalore del reato e pena .....</b>	<b>66</b>
<b>5.4. Principio di ragionevolezza e presunzioni in materia penale (in particolare, le presunzioni di pericolosità) .....</b>	<b>69</b>
<b>6. IL PRINCIPIO DELLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA .....</b>	<b>71</b>
<b>6.1. L'adesione alla c.d. “concezione polifunzionale della pena” e il ruolo “circoscritto” del principio rieducativo .....</b>	<b>71</b>
<b>6.2. La valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva.....</b>	<b>72</b>
<b>6.3. Il bilanciamento tra le diverse finalità della pena “nei limiti della ragionevolezza” .....</b>	<b>74</b>
<b>6.4. Le diverse implicazioni del principio rieducativo nella fase legislativa e della commisurazione della pena: in particolare, il “divieto di previsioni sanzionatorie rigide” ed il divieto di meccanismi presuntivi vincolanti il giudice in fase commisurativa .....</b>	<b>75</b>

<b>6.5. Finalità rieducativa ed esecuzione della pena .....</b>	<b>77</b>
6.5.1. <i>Premessa: nozione di rieducazione .....</i>	77
6.5.2. <i>Individualizzazione della pena, progressività nel trattamento penitenziario e divieto di automatismi .....</i>	77
6.5.3. <i>Le misure alternative alla detenzione e i benefici penitenziari .....</i>	80
6.5.4. <i>La liberazione condizionale.....</i>	84
6.5.5. <i>La grazia.....</i>	86
6.5.6. <i>La legittimità di trattamenti differenziati: la posizione del minore.....</i>	87



## 1. INTRODUZIONE. - L'evoluzione della "Costituzione penale" e l'impatto delle Carte (e delle Corti) sovranazionali

1.1. La Costituzione italiana presenta diverse disposizioni precipuamente dedicate ai profili sostanziali della materia penale, la cui articolazione sistematica ha consentito di trarre una ricca messe di principi garantistici sviluppati per definire presupposti, contenuto e limiti della potestà punitiva: taluni sono principi *espresi* (il principio di legalità, nei fondamentali corollari della riserva di legge e dell'irretroattività, previsti all'art. 25, comma 2, Cost.; il principio della personalità della responsabilità penale, scolpito dall'art. 27, comma 1, Cost.; il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e il principio della finalità rieducativa della pena, indicati nell'art. 27, comma 3, Cost.), altri sono principi *implicitamente ricavati* da costrutti argomentativi più o meno complessi (il principio di tassatività/determinatezza; il principio di retroattività della legge penale più favorevole; i principi di materialità ed offensività, come pure il principio di sussidiarietà o *extrema ratio*), altri ancora sono *principi generali* del sistema – o “grandi principi costituzionali di carattere generale”, per usare la terminologia di Vassalli<sup>1</sup> - che però trovano, in materia penale, puntuali e peculiari declinazioni (così i principi di eguaglianza, di proporzione e di ragionevolezza).

Questi principi, pur con intensità graduale e differente, hanno visto progressivamente affinare ed arricchire il proprio contenuto di garanzia, trovando affermazioni più o meno esplicite e perentorie nelle diverse sentenze della Corte: taluni sono stati affermati in concreto come “norme invalidanti”, ed hanno visto riconoscere la propria “giustiziabilità” in decisioni di accoglimento, maturando – secondo una diffusa terminologia - efficacia autenticamente dimostrativa (così – solo a titolo di esempio - il principio di tassatività, alla luce del quale è stata dichiarata l'illegittimità del delitto di “*Plagio*” previsto all'art. 603 c.p. con la **sentenza n. 96 del 1981**; così pure il principio di colpevolezza, che ha condotto alla dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. nei termini della celebre **sentenza n. 364 del 1988**); altri hanno mantenuto una valenza per lo più argomentativa, o di semplice indirizzo politico, ed in quanto “criteri informativi di politica criminale” la loro violazione è stata riconosciuta dalla Corte censurabile, sostanzialmente, solo nei limiti del (più generale) criterio di ragionevolezza (è il caso del principio di sussidiarietà).<sup>2</sup>

Inoltre, ad alcuni principi si è riconosciuto uno statuto di *inderogabilità*, negando che possano essere esposti a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (così, ad esempio, le **sentenze n. 393 e 394 del 2006**, ma anche la **sentenza n. 236 del 2011** con riferimento al principio di irretroattività; così pure, in relazione al principio di colpevolezza, la **sentenza n. 322 del 2007**), altri, invece, sono ritenuti compatibili con deroghe “ragionevoli” (deroghe consentite – e frequenti - in relazione al principio di

---

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

<sup>2</sup> Sulla distinzione ‘classica’ tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, «tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi», si veda M. DONINI, voce *Teoria del reato*, *Digesto/pen.*, XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, 29 ss., 35.

offensività, rispetto a presunzioni di pericolo non manifestamente irrazionali o arbitrarie, ossia rispettose dell'*id quod plerumque accidit*: **sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995**; ed ammesse altresì nei confronti del principio rieducativo, rispetto ad altre finalità che – nel singolo caso – il legislatore scelga di far prevalere, appunto “nei limiti della ragionevolezza”: **sentenze n. 306 del 1993; n. 183 del 2001; n. 257 del 2006**), anche se in taluni casi si precisa altresì come sia necessario che le deroghe superino un “vaglio positivo di ragionevolezza”, non essendo sufficiente un mero vaglio negativo di “non manifesta irragionevolezza” (così, in particolare, nel caso delle deroghe ammissibili in relazione al principio della retroattività della *lex mitior*: ancora, **sentenze n. 393 del 2006; n. 72 del 2008; n. 236 del 2011**).

Infine, i diversi principi che sono stati via via riconosciuti dalla Corte in materia penale – in linea generale - hanno come destinatario tanto il legislatore quanto il giudice, operando gli stessi sia quali canoni di corretta politica legislativa in materia penale, sia – conseguentemente - come parametri di verifica della legittimità costituzionale (pur nei termini e con i limiti accennati), sia come criteri ermeneutici volti a guidare la corretta esegesi del giudice ordinario, in sede di interpretazione adeguatrice (così, in particolare, per i principi di offensività e di colpevolezza, ma così pure per il principio di ragionevolezza/proporzionalità, ove si afferma che nel caso di previsione, entro una medesima norma, di fattispecie connotate da diverso disvalore, spetta «al giudice fare emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale»: da ultimo, **ordinanza n. 224 del 2011**).

1.2. Una panoramica introduttiva impone altresì di ricordare che la Corte Costituzionale, sin dalla sua prima decisione (la **n. 1 del 1956**), ha ulteriormente precisato i confini della potestà punitiva rigorizzandone, volta a volta, i margini di ammissibilità e di legittimità al cospetto dei diversi diritti e libertà fondamentali che risultavano compressi o sacrificati dalla sanzione penale.

Del resto, proprio l’“approccio costituzionale” – che può dirsi metodo ampiamente condiviso, pur con diversità di accenti – a tutte le scuole penali, ha consentito alla giurisprudenza costituzionale di assicurare la “convivenza” tra il “codice Rocco” – un codice approvato sotto il regime fascista, nel 1930 – e la Costituzione democratica (entrata in vigore il 1° gennaio 1948), depurando via via le incrostazioni più autoritarie e le norme più marcatamente “liberticide” per rendere possibile il godimento dei diritti e delle libertà (di manifestazione del pensiero, di riunione o associazione, di sciopero, etc.) costituzionalmente garantiti.

In questa prospettiva, la Corte ha talvolta utilizzato lo strumento della **decisione interpretativa di rigetto** [così nella **sentenza n. 19 del 1962**, sull’art. 656 c.p., concernente il reato di “*Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l’ordine pubblico*”, con la quale si è affermato che la condotta assume rilevanza penale solo «quando questa (indipendentemente dall’intento dell’agente) sia idonea a porre in pericolo l’ordine pubblico», inteso nel senso di «ordine legale su cui poggia la convivenza sociale», ossia «come bene collettivo che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero» (decisione sulla cui traccia si sono poste le **sentenze n. 199 del 1972 e n. 210 del 1976**, ma

anche la **n. 15 del 1973**, concernente la contravvenzione di “*Grida e manifestazioni sediziose*”, prevista all’art. 654 c.p.); così pure nella **sentenza n. 65 del 1970**, concernente il delitto di apologia di reato, ove si è affermato che «l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ult. comma, c.p., non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; altre volte la Corte ha utilizzato la **decisione di accoglimento parziale** di tipo “manipolativo” (come nella **decisione n. 108 del 1974**, con la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell’art. 415 c.p., riguardante l’istigazione all’odio tra le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»; ma così pure molte decisioni intervenute nel settore dei “*Delitti contro l’economia pubblica*”, capo I del titolo VIII del libro II del codice penale, concernenti in particolare i delitti in materia di sciopero e serrata – prima presidio fondamentale dell’economia corporativa, poi divenuti insopportabili limitazioni rispetto al diritto riconosciuto all’art. 40 Cost. – come ad esempio le **decisioni n. 290 del 1974 e n. 165 del 1983**, rispettivamente concernenti le fattispecie di “*Serrata e sciopero per fini non contrattuali*”, art. 503 c.p., e di “*Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero*”, art. 504 c.p., dichiarate illegittime nella parte in cui puniscono anche lo sciopero politico o a fine di coazione dell’Autorità «non diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare»; analogamente la **sentenza n. 222 del 1975**; inoltre, la **sentenza n. 84 del 1969**, in relazione al reato di “*Boicottaggio*”, art. 507 c.p., dichiarato illegittimo – per contrasto con l’art. 21 Cost., quale “pietra angolare dell’ordine democratico” – nella parte in cui ricomprendeva nella sfera criminosa anche la «propaganda di puro pensiero e di pure opinioni»; altre volte ancora, infine, è intervenuta dichiarando l’illegittimità *tout court* della fattispecie, ravvisando una incompatibilità frontale e non altrimenti risolvibile con diritti costituzionalmente riconosciuti [così sin dalla prima, “storica” decisione, la **n. 1 del 1956**, con la quale fu dichiarata l’incostituzionalità – per contrasto con l’art. 21 Cost. – dell’art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 che richiedeva un’autorizzazione di polizia per distribuire volantini o affiggere manifesti, sanzionando penalmente la distribuzione o affissione non autorizzate; così pure, ancora nel settore dei delitti in materia di sciopero, la **sentenza n. 29 del 1960**, nella quale la Corte, dichiarando l’illegittimità dell’art. 502 c.p. che puniva “*Serrata e sciopero per fini contrattuali*”, ha statuito che «(...) anche a voler considerare la norma impugnata come isolata dal sistema dal quale e per il quale era sorta, è evidente il positivo contrasto che risulta dal suo raffronto col sistema nuovo; contrasto che deriva non già da un generico difetto di armonica correlazione, quale frequentemente si manifesta fra ogni ordinamento nuovo, rapidamente sopravvenuto, e quelle norme dell’antico di cui pur necessita la sopravvivenza; bensì da una incompatibilità specifica, che tocca una correlazione essenziale. Da un lato si ha l’art. 39 Cost., il quale esprimendo un indirizzo nettamente democratico, dichiara il principio della libertà sindacale; dall’altro l’art. 502 c.p., cioè una norma che negava quella libertà»].<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> In non pochi casi, peraltro, la questione di costituzionalità, pur a fronte di un chiaro vulnus, è stata proposta solo dopo molto tempo, data la rara applicazione della norma: così, ad esempio, l’art. 271 c.p. che puniva le associazioni dirette a “deprimere il sentimento nazionale”, è stato dichiarato incostituzionale – solo con la **sentenza n. 243 del 2001**, per violazione della libertà di associazione garantita dall’art. 18 Cost. (dunque molto

1.3. L'“approccio costituzionale”, dunque, ha messo progressivamente in evidenza una serie di *vincoli negativi* per il legislatore penale, stabilendo gli equilibri e i confini delle scelte di politica criminale, che entro i confini in tal modo fissati restano sostanzialmente rimessi alla discrezionalità del legislatore.

In altri termini, la “fondazione costituzionale” dell'illecito penale ha avuto una indubbia fortuna nel ricavare dalla Costituzione una mappa dei *limiti* all'intervento penale, senza però giungere a desumerne indicazioni univoche e perentorie quanto ai *contenuti* delle singole opzioni incriminatrici (secondo le cadenze più stringenti della c.d. “teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico”, che pur ha trovato diversi riscontri nella giurisprudenza della Corte: *infra*, § 4.1.).

La scelta dei beni/interessi/valori suscettibili di tutela penale, così come la scelta sulle “tecniche di tutela” ammissibili, risulta, dunque, sostanzialmente affidata all'apprezzamento del legislatore, anche se non va trascurato come la Corte, in diverse occasioni, abbia sottolineato, da un lato, come l'impiego della sanzione penale sia giustificato solo al cospetto dell'esigenza di fronteggiare “una reale dannosità sociale” o – in chiave più stringente – dalla necessità di tutelare valori “di rilievo costituzionale”, in una logica di “intervento minimo” rispettosa delle istanze di sussidiarietà e di *extrema ratio*: così, nella **sentenza n. 364 del 1988** sull'art. 5 c.p., si è affermato che «il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73 co. 3 e 25 co. 2 Cost., rinvia (...) alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali” di civiltà” (...); analogamente, nella **sentenza n. 409 del 1989**, si è affermato che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante».

Al di là di queste fondamentali indicazioni, la stessa Corte ha peraltro chiarito che la discrezionalità nel fissare contenuto e struttura delle singole opzioni incriminatrici debba essere pur sempre valutata – oltre che nel prisma del più generale principio di ragionevolezza - nei margini imposti dal rispetto dei principi di materialità e di offensività: principi in grado di garantire comunque peculiari spazi di sindacato contenutistico sulla meritevolezza della singola scelta incriminatrice, che anche di recente hanno consentito di fissare taluni confini invalicabili alla libertà di scelta legislativa (*infra*, § 4).

Per quanto concerne, infine, i *vincoli positivi* di criminalizzazione imposti al legislatore ordinario – ovvero i c.d. *obblighi costituzionali di tutela penale* – in relazione a fatti violativi di valori particolarmente significativi, si ritiene che nella Costituzione italiana non ne emergano, se si eccettua la disposizione di cui all'art. 13, comma 4, Cost. che sembra imporre un preciso vincolo di previsione penale ove si stabilisce che “E' punita ogni violenza fisica e

---

tempo dopo la questione che ha investito la fattispecie incriminatrice della propaganda antinazionale, art. 272, comma 2, c.p., dichiarata illegittima con la **sentenza n. 87 del 1966** per contrasto con l'art. 21 Cost.).

morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà” (per un accenno, concernente l’assenza di un obbligo di penalizzazione con specifico riferimento all’art. 52 Cost., si veda la **sentenza n. 409 del 1989**).

Anche a fronte di beni/interessi/valori di sicuro rilievo costituzionale, del resto, le scelte in termini di sussidiarietà non possono essere sindacate (*infra*, § 4.1.1.) neppure quando si traducano nella preferenza per uno strumento di tutela diverso dalla sanzione penale (e, quindi, non in un *eccesso* bensì in un presunto *difetto* di tutela): così, «l’eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge», posto che «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni [...]; ché anzi l’incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l’assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (**sentenza n. 447 del 1998**).

1.4. Infine, la trama dei principi costituzionali, e la loro articolazione alle libertà fondamentali, ha tratto ulteriore linfa dall’arricchimento garantistico assicurato dalle fonti sovranazionali, e dalla giurisprudenza delle Corti europee, a più riprese richiamate specie in talune recenti decisioni (**sentenze nn. 348 e 349 del 2007; n. 196 del 2010; n. 80 del 2011**) che hanno valorizzato le diverse clausole di adeguamento e di rispetto degli accordi internazionali (artt. 10, 11 e 117 Cost.) per trarne le ricadute consequenziali anche in materia penale: ne sono state tratte indicazioni fondamentali – ad esempio - circa il rango da riconoscere a taluni principi (come ad esempio il principio dell’applicazione retroattiva della legge più favorevole: **sentenze n. 393 del 2006 e n. 236 del 2011**), ovvero circa l’ampliamento del campo di applicazione dei principi stessi (così, in particolare, la **sentenza n. 196 del 2010**, con la quale, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, si è riconosciuto come la garanzia dell’irretroattività debba abbracciare qualsiasi sanzione a contenuto afflittivo, a prescindere dalla denominazione formale di “pena”).

I principi costituzionali in materia penale, dunque, stanno attraversando una fase di profonda rimediazione e di rinnovamento alla luce delle fonti sovranazionali, e del ricchissimo contributo offerto dalle diverse Carte dei diritti (la Carta di Nizza e la Cedu) e dalle diverse Corti (specie la Corte di Strasburgo), a dimostrazione di un circolo virtuoso che contribuisce ad alimentare le “tradizioni costituzionali comuni”.

## 2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DEL REATO E DELLA PENA

Dalla disposizione concernente il principio di legalità in materia penale – ossia l'art. 25, comma 2, Cost. - la giurisprudenza costituzionale ha tratto molti corollari, via via arricchiti ed ulteriormente profilati nel corso del tempo: da un lato, tra i contenuti “astorici” del *nullum crimen*, il principio di irretroattività (§ 2.1) e i principi di tassatività e determinatezza (§ 2.3); dall'altro, il principio di riserva di legge con le sue diverse implicazioni (§ 2.4), sul fronte della decretazione delegata e della decretazione d'urgenza, delle fonti comunitarie (e sovranazionali), delle fonti subordinate.

Ne discende dunque – in estrema sintesi - che il precetto penale, e la relativa sanzione, debbano trovare fonte in una previsione *legislativa* entrata in vigore *anteriamente* al fatto commesso (ed adeguatamente pubblicizzata per garantirne la conoscibilità in capo ai destinatari: art. 73, comma 3, Cost.), debbano essere formulati con *precisione* e con *pregnanza* descrittiva rispetto a dati empiricamente verificabili, e debbano altresì essere applicati *tassativamente* ai casi indicati, con relativo divieto di estensione analogica in capo al giudice.

Peraltro, la peculiare formulazione dell'art. 25, comma 2, Cost. (“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso”) ha offerto spunto per radicare altre e diverse garanzie contenutistiche, segnatamente i principi di materialità ed il principio di offensività dell'illecito penale (quest'ultimo, peraltro, attraverso un costrutto concettuale articolato anche ad altre disposizioni: *infra*, § 4).

Viceversa, a tale disposizione si ritiene non riconducibile il principio della retroattività della legge penale più favorevole: nondimeno, la sua quotazione costituzionale – secondo un consolidato orientamento della Corte, ribadito anche di recente - sarebbe garantita dall'art. 3, comma 2, Cost. (con tutte le ricadute consequenziali in termini di ammissibilità di “deroghe ragionevoli”: *infra*, § 2.2).

### 2.1. Il principio di irretroattività della norma penale

Il principio di irretroattività del reato e della pena, che - oltre a trovare una vasta eco di riferimenti espressi nelle diverse Carte dei diritti sovranazionali (art. 49, comma 1, *Carta dei diritti dell'UE*; art. 7 *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; art. 15, comma 1, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*) - trova esplicito e specifico riconoscimento sia a livello costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.) che a livello codicistico (art. 2 c.p.), rappresenta – nelle parole della Corte – un “fondamentale principio di civiltà giuridica” (**sentenza n. 148 del 1983**), ed “un essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale” (**sentenza n. 394 del 2006**, e, su quella traccia, **n. 236 del 2011**).

Infatti, «avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione

preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione: aspettativa che sarebbe per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito più severamente» (così ancora - richiamando la **sentenza n. 364 del 1988** - la **sentenza n. 394 del 2006**).

Si è peraltro affermato che nella formulazione del secondo comma dell'art. 25 Cost. trovi riscontro il principio in esame «in tutte le sue espressioni: e cioè, non soltanto con riferimento alla nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza represso» (**sentenze n. 394 del 2006** e **n. 236 del 2011**).

In questi termini, è stato altresì precisato che il divieto di retroattività della norma incriminatrice – ricevendo una “tutela privilegiata” rispetto, in particolare, al principio della *lex mitior* (**sentenza n. 393 del 2006: infra**, § 2.2.1) - si connota come *inderogabile*, ossia «come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (in questi termini, ancora, la **sentenza n. 394 del 2006**).

Così, ad esempio, «la circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione, non può comunque comportare – come conseguenza della sua rimozione da parte della Corte – l'assoggettamento a pena, o a pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, penalmente lecito o soggetto a pena più mite: derivandone, per tale aspetto, un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 [...]» (sulla traccia della **sentenza n. 148 del 1983**, si veda ancora la **sentenza n. 394 del 2006**).

### ***2.1.1. Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo***

Se è pacifico che il principio di irretroattività ricomprende non solo la previsione concernente il reato ma anche quella relativa alla *pena* (ed alla stessa sanzione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 689 del 1981), dalla “formulazione non omogenea” dei commi secondo e terzo dell'art. 25 Cost. si ritiene che la Costituzione non imponga una soluzione analoga per quanto concerne, in particolare, le misure di sicurezza, ed il relativo regime intertemporale.

Al riguardo, si è affermato che l'art. 25, comma 3, Cost. – il quale si limita a stabilire che “nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge” (*infra*, § 2.4.) - «lascia ferma nell'ordinamento la disposizione dell'art. 200 del Codice penale, in forza della quale “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al

tempo della loro applicazione”; cioè non da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via l’ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale» (**sentenza n. 53 del 1968**).

La Corte, peraltro, ha chiarito che «A giustificare [...] la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità). In altri termini, tale retroattività risulta connaturata alla circostanza che le misure di sicurezza personali costituiscono strumenti preordinati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità; funzione che esse assolvono con i mezzi che dalle differenti scienze, chiamate specificamente a fornirli, potranno essere desunti» (**sentenza n. 196 del 2010**).

Nondimeno, la Corte ha puntualizzato che (la ammissibilità de) il regime della retroattività presupponga pur sempre «un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti»: ciò al fine di impedire, in particolare, «che risposte di segno repressivo, e, quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene» (**sentenza n. 196 del 2010**).

In questa prospettiva, la Corte ha espressamente richiamato, facendolo proprio, l’indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo, formatosi in particolare sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, e declinato sul principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo – a prescindere dalla loro “etichetta formale” - devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (in quanto riconducibili al concetto “sostanziale” di “materia penale”, sulla base dei peculiari criteri enucleati dalla Corte EDU, segnatamente focalizzati sulla “natura dell’illecito” e sulla “gravità della sanzione”).

Una diversa soluzione, del resto, profilerebbe un contrasto con l’obbligo di adeguamento alle norme convenzionali, censurabile – in base alle già richiamate **decisioni nn. 348 e 349 del 2007** – ai sensi dell’art. 117 Cost.

Il problema è stato affrontato nella recente **sentenza n. 196 del 2010**, con riferimento alla ipotesi speciale di confisca dell’autoveicolo introdotta per la più grave ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza, applicabile in via retroattiva grazie al rinvio - operato mediante richiamo espresso all’art. 240 c.p. - alla disciplina delle misure di sicurezza, [art. 186, co. 2, lett. c), del d. lgs. n. 285 del 1992 (*Nuovo codice della strada*), come modificato dall’art. 4 del d.l. n. 92 del 2008 (*Misure urgenti in materia di sicurezza*), convertito, con modif., nella l. n. 125 del 2008].<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> La norma, nel testo novellato dall’art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. n. 92 del 2008, convertito con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. n. 125 del 2008, prevede che sia «sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell’art. 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato», in caso di condanna tanto per la fattispecie criminosa di guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell’uso di bevande alcoliche, purché sia stato accertato a carico del conducente un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro di sostanza ematica

Nella decisione, la Corte, ha anzitutto condiviso le valutazioni del giudice remittente, ampliandole con ulteriori considerazioni, per mettere in luce - “al di là della sua qualificazione formale” – la funzione sanzionatoria e repressiva - e non già meramente preventiva - della misura ablativa in esame (posto che – *inter alia* – la stessa è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile, e che la sua operatività non impedisce in sé l’impiego di altri mezzi da parte dell’imputato, dunque un rischio di recidiva, sicché la misura stessa non sarebbe finalizzata a neutralizzare la situazione di pericolo per cui la prevenzione è stata concepita). Su tali basi, ravvisato dunque il contrasto con l’art. 117 Cost. con riguardo ai profili segnalati, e ritenuta impercorribile una soluzione adeguatrice mediante interpretazione conforme, ha dichiarato la parziale illegittimità della norma (limitatamente «alle sole parole “ai sensi dell’art. 240, secondo comma, del codice penale”, dalle quali soltanto deriva l’applicazione retroattiva della misura in questione»).

## 2.2. Il principio di retroattività della norma penale più favorevole

A differenza del principio di irretroattività, il principio della retroattività della legge più favorevole (o principio della *lex mitior*) – espressamente sancito a livello codicistico (art. 2 c.p.) – non ha trovato “copertura”, a livello costituzionale, nella disposizione dell’art. 25, comma 2, ma è stato nondimeno riconosciuto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Nonostante la Corte, in diverse occasioni, abbia considerato e sottolineato con vigore il progressivo consenso europeo ed internazionale circa il principio in parola (richiamando, in particolare, l’art. 49, comma 1, seconda parte, della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, l’art. 15, comma 1, terza parte, del *Patto internazionale dei diritti civili e politici*, e, su quella traccia, la recente e ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, giunta a riconoscerlo come “principio generale dell’ordinamento comunitario”, che fa parte delle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”: CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi* e altri; CGCE, 11 marzo 2008, C-420/06, *Jager*; da ultimo, CGCE, 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*), si è anche di recente ribadito che la diversa collocazione costituzionale segnalata implica che il principio in parola «non riceve nell’ordinamento la tutela privilegiata di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.» (**sentenza n. 393 del 2006**), né gode della inderogabilità a quest’ultimo riconosciuto.

Tale diverso statuto, nella ricostruzione della Corte, viene del resto ricondotto anche a precise considerazioni contenutistiche, sottolineandosi che - rispetto al divieto di retroattività

---

[art. 186, comma 2, lett. c), codice della strada], quanto per la fattispecie criminosa (art. 187 del codice della strada) di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

della norma penale – ben diversa sarebbe la *ratio* che ispira la retroattività della legge più favorevole. Quest’ultimo principio, in particolare, «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l’ovvia ragione che [...] la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l’autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (**sentenza n. 394 del 2006**), essendo piuttosto «legato [...] ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente ragionevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena». In questa prospettiva, il principio della *lex mitior* troverebbe fondamento sulla considerazione in base alla quale «se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Alla luce di queste considerazioni, si afferma peraltro che il collegamento con il principio di eguaglianza, oltre a costituire il fondamento del principio della retroattività *in mitius*, «ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni obiettivamente ragionevoli» (**sentenza n. 394 del 2006**; in termini sostanzialmente analoghi, sul punto, anche le **sentenze n. 393 del 2006**; **n. 72 del 2008** e **n. 236 del 2011**); ove cioè il limite di operatività introdotto per legge ordinaria sia giustificato dalla tutela di «interessi di analogo rilievo» (in questi termini, si vedano ancora le decisioni da ultimo citate).

Peraltro, si è ancora precisato che le deroghe devono superare un «vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (**sentenza n. 393 del 2006**).

In questa prospettiva, risultano emblematiche le decisioni con cui la Corte Costituzionale ha affrontato le diverse impugnative concernenti la disposizione transitoria concernente l’operatività della nuova disciplina della prescrizione (art. 10, comma 3, della l. n. 251 del 2005), nel caso in cui il nuovo criterio di computo comportasse una riduzione dei termini prescrizionali.

Così, anzitutto, la **sentenza n. 393 del 2006** ha dichiarato l’illegittimità parziale della menzionata disposizione con riferimento alla previsione concernente il limite dell’apertura del dibattimento di primo grado, discrimine ritenuto irragionevole perché non giustificato da controinteressi di rilievo significativo l’apertura del dibattimento non essendo «[...] in alcun modo idonea a correlarsi significativamente ad un istituto di carattere generale come la prescrizione, e al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento, legato al [...] rilievo che il decorso del tempo da un lato fa diminuire l’allarme sociale, e dall’altro rende più difficile l’esercizio del diritto di difesa» (in particolare, da un lato si è sottolineato come tale incombente processuale sia eccentrico rispetto agli altri atti processuali cui l’art. 160 c.p. attribuisce rilevanza ai fini dell’interruzione del suo decorso; dall’altro, si è evidenziato come

quella di cui all'art. 492 c.p.p. è cadenza che caratterizza il solo rito ordinario).

Viceversa, la **sentenza n. 72 del 2008** ha escluso l'illegittimità della previsione nella parte concernente il restante limite di operatività, fissato per i processi già pendenti in grado d'appello alla data di entrata in vigore della legge, ritenendo questo diverso limite assistito da ragionevolezza perché coerente con la funzione che l'ordinamento assegna all'istituto della prescrizione (atteso che, per un verso, la pronuncia della sentenza o del decreto penale di condanna rileva, ex art. 160 c.p., ai fini dell'interruzione della prescrizione, e che, per altro verso, garantisce l'esercizio del diritto di difesa, in quanto l'acquisizione del materiale probatorio è già avvenuta, di regola, in primo grado), e diretto a tutelare «interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti della funzione giurisdizionale)», anzitutto evitando la dispersione delle attività processuali già compiute.

### ***2.2.1. Il principio di retroattività della lex mitior tra Costituzione e Convenzione europea: la questione della disciplina transitoria della prescrizione***

Con la **sentenza n. 236 del 2011**, la Corte è stata chiamata ad una ulteriore pronuncia sul tema dei rapporti tra disciplina transitoria della prescrizione e principio della retroattività *in mitius*, in replica ad una questione ripresentata, in realtà, alla luce di una ritenuta violazione dell'art. 117 Cost., con precipuo riferimento all'obbligo di adeguamento alle fonti internazionali e, segnatamente, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU (fonte riconosciuta, come accennato, quale "parametro interposto di legittimità costituzionale" con le citate **sentenze nn. 348 e 349 del 2007**, sostanzialmente ed ulteriormente confermate, di recente, con la **sentenza n. 80 del 2011**).

Tale nuova prospettiva è apparsa, in particolare, dischiusa dalla decisione della Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, che – anche alla luce delle fonti sovranazionali ed europee segnalate - per la prima volta ha affermato il principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* come corollario implicito dell'art. 7 CEDU.

Nel percorso argomentativo della decisione *Scoppola c. Italia*, come noto, la Corte ha registrato «un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale».

Rilevato che «è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata», la Corte ha affermato - qui la *ratio decidendi* - che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano

ormai eccessive».

Anche muovendo da questa nuova prospettiva, tuttavia, la Corte ha dichiarato infondata la questione, ritenendo, anzitutto, che dalla sentenza *Scoppola c. Italia* non emergessero indicazioni circa la inderogabilità del principio della *lex mitior*, e ravvisando, viceversa, in talune affermazioni della pronuncia, indicazioni in senso contrario, inclini a suggerire la legittimità di una modulazione del principio a fronte di ipotesi peculiari.

In particolare, a parere della Corte la pronuncia dei giudici di Strasburgo - oltre ad enunciare espressamente il “giudicato” come limite comunque invalicabile dalla retroattività della *lex mitior* – induce a ritenere, «anche se in modo non inequivoco», «che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato all’assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni. Si legge infatti nella sentenza che “infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell’imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo” e che “ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti favorevoli all’imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive”. Ma, se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti».

Secondo la lettura che la Corte costituzionale ha dato della sentenza *Scoppola c. Italia*, dunque, anche nella prospettiva convenzionale, in definitiva, si ricaverebbe una precisa declinazione del principio in esame secondo uno schema regola/eccezione: se, infatti, «secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con una certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l’applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata *in melius* (...)» – perché ciò implicherebbe l’inflizione di pene che alla luce della rivalutazione legislativa sono ormai considerate eccessive – tale *regola* dovrebbe essere ribaltata nell’ipotesi – apparentemente *eccezionale* - in cui «vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile», cosicché «la deroga all’applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate».

In definitiva, la Corte italiana, nel caso di specie, non ha registrato alcun contrasto tra CEDU e Costituzione, né ha ravvisato, nelle pieghe della decisione *Scoppola c. Italia*, ragioni peculiari per discostarsi dal tradizionale paradigma di inquadramento della *lex mitior*, né ulteriori motivazioni per riesaminare il precedente bilanciamento tra interessi contrapposti; nella prospettiva tradizionale, del resto, sono state (ri-)valutate le deroghe che limitano la retroattività della *lex mitior*, e sono state ribadite le giustificazioni già addotte dalle precedenti sentenze – e segnatamente, dalla **sentenza n. 72 del 2008** - a favore della ragionevolezza dello sbarramento per i processi pendenti in appello e in Cassazione, ravvisandole nella tutela di interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (ossia la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale, oltre che nel più generale “principio di effettività del diritto penale”).

La Corte ha peraltro temprato la decisione di infondatezza ritenendo che lo stesso oggetto della *quaestio legitimitatis* – la disciplina della prescrizione – debba ritenersi eccentrico all’ambito operativo dell’art. 7 CEDU, posto che questo concerne secondo la giurisprudenza di Strasburgo – le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»; il principio convenzionale, dunque, non coinciderebbe «con quello che vive nel nostro ordinamento ed è regolato dall’art. 2, quarto comma, c.p.», poiché «quest’ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni».

In questa prospettiva, dunque, «è da ritenere – sempre secondo la Corte - che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all’ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità».

### **2.3. Il principio di tassatività e determinatezza**

Per quanto attiene ai corollari del principio di legalità concernenti la formulazione del tipo penale, per orientamento consolidato – risalente almeno ai primi anni ’60 - si ritiene che nell’art. 25, comma 2, Cost. trovino riconoscimento implicito i principi di determinatezza e tassatività del reato, garanzie che appaiono peraltro oggetto di più diretta menzione nella più esplicita formulazione dell’art. 1 c.p. (ove si stabilisce che “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”).

Quanto al principio di determinatezza, i “due obiettivi fondamentali” ad esso sottesi consistono – come anche di recente ha ribadito la Corte – «per un verso, nell’evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (**sentenza n. 327 del 2008**).

Le disposizioni penali devono essere “chiaramente formulate”, e devono essere rese altresì conoscibili dai destinatari grazie ad una pubblicità adeguata (art. 73, comma 3, Cost.): i principi in esame comportano dunque - secondo la Corte - l’adempimento da parte dello Stato di precipi doveri costituzionali, attinenti, anzitutto, alla formulazione del divieto, che deve essere tale da consentire di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell’illecito (si vedano, sul punto, i rilievi puntualizzati nella **sentenza n. 364 del 1988**).

### ***2.3.1. L'utilizzo di formule descrittive "esemplificative" o "sintetiche", di clausole generali e concetti elastici***

Nella giurisprudenza costituzionale, peraltro, il riferimento ai concetti di *tassatività* e *determinatezza* sembra assumerli come predicati "fungibili" della fattispecie penale, anche se non mancano in talune pronunce, peculiari precisazioni distintive [così la **sentenza n. 247 del 1989**, distingue tra tassatività e determinatezza, intendendo quest'ultima, diversamente dalla prima, «quale modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma»]. Nel lessico della Corte, inoltre, la *precisione* della norma - che pur godrebbe di autonomia secondo parte autorevole della dottrina - non sembra considerata come istanza ulteriore ed autonoma rispetto al principio in esame: piuttosto, la "chiarezza" e l'"intelligibilità" dei termini impiegati appaiono affermate come vere e proprie condizioni della determinatezza, assieme alla verificabilità del fenomeno disciplinato e, quindi, alla sua rispondenza alla fenomenologia del reale (si veda, al riguardo, la **sentenza n. 96 del 1981**, su cui *infra*, § 2.3.2.).

Restando ancora al piano dei significati terminologici, la Corte - muovendo dalla non coincidenza tra *tassatività* e *descrittività* della fattispecie - ammette, in linea teorica, la compatibilità con il principio in rilievo di formule terminative come "e simili", "altri analoghi", ecc., e cioè di tecniche "esemplificative" ovvero "sintetiche", tipiche della c.d. "fattispecie ad analogia esplicita" (si vedano, ad esempio, le **sentenze n. 27 del 1961**, relativa all'art. 121 T.U.L.P.S.; **n. 120 del 1963**; **n. 79 del 1982**, che ha negato l'illegittimità del reato di cui all'art. 4 della l. n. 110 del 1975, concernente il divieto di portare fuori dalla propria abitazione «qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa della persona»).

Su analoghe cadenze argomentative si fonda il sostanziale avallo di enunciati caratterizzati dal rinvio a "concetti extragiuridici diffusi" (**sentenze n. 191 del 1970**, in materia di osceno; **n. 42 del 1972**, in materia di violazione dei doveri di assistenza familiare) e a dati "di ordinaria esperienza, o di esperienza tecnica" (**sentenza n. 125 del 1971**, sull'art. 28 della l. n. 977 del 1967, concernente il divieto di adibire fanciulli ed adolescenti a prestazioni d'opera pericolose o faticose o gravose), i quali, esibendo, secondo la Corte, una attitudine «ad individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato», non richiederebbero al giudice un impegno diverso dal normale compito di interpretazione.

Più in generale, la costante giurisprudenza della Corte afferma che la verifica del rispetto del principio di determinatezza vada condotta «non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce» (**sentenza n. 327 del 2008**). Così, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero (...) di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui

affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» [**sentenza n. 5 del 2004**; su quella traccia, ancora la **sentenza n. 327 del 2008**, ritenendo infondata la questione concernente la fattispecie dell'art. 434 c.p., sollevata relativamente all'inciso "altro disastro", alla luce di una lettura teleologica e sistematica della disposizione in questione, e precisando altresì che «allorché il legislatore – nel descrivere una certa fattispecie criminosa – fa seguire alla elencazione di casi specifici una formula di chiusura, recante un concetto di genere qualificato dall'aggettivo "altro" (...), deve presumersi che il senso di detto concetto – spesso in sé alquanto indeterminato – sia destinato a ricevere luce dalle *species* preliminarmente enumerate, le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del *genus*»].

Nel solco della medesima giurisprudenza, si colloca altresì la più recente **sentenza n. 282 del 2010**, con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità, in relazione al principio in esame, dell'art. 9, comma 2, della l. n. 1423 del 1956 (*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità*), come sostituito dal d.l. n. 144 del 2005, convertito, con mod., dalla l. n. 155 del 2005, che sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni imposte, con il provvedimento applicativo della misura di prevenzione, al sorvegliato speciale con obbligo o divieto di soggiorno, inclusa l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" di cui all'art. 5, comma 3, della medesima l. n. 1423 del 1956.

### ***2.3.2. Concetti legali e necessaria verificabilità empirica***

Le declaratorie di illegittimità pronunciate per violazione del principio di determinatezza hanno riguardato, piuttosto, altri profili.

Con la **sentenza n. 177 del 1980**, anzitutto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 1, n. 3, della l. n. 1423 del 1956, che prevedeva l'applicabilità di una misura di prevenzione ai "proclivi a delinquere" sulla base di un giudizio che la legge pretendeva di desumere da "manifestazioni" non altrimenti specificate. Premesso che «non si può dubitare che anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (demandata al giudice e nella cui formulazione sono certamente presenti elementi di discrezionalità) non può che poggiare su presupposti di fatto "previsti dalla legge" e, perciò, passibili di accertamento giudiziale», la Corte afferma che «decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire», sottolineando come, nel caso di specie, i presupposti del giudizio di proclività a delinquere non avessero, già sul piano della descrizione della fattispecie «alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso», con conseguente violazione della garanzia in rilievo (peraltro invocata mediante il riferimento all'art. 25, comma 3, Cost., essendo all'esame una misura di prevenzione).

Successivamente, la **sentenza n. 96 del 1981**, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la fattispecie di plagio (art. 603 c.p.<sup>5</sup>), ha sottolineato, in modo innovativo, come il principio di tassatività comporta per il legislatore penale (anche) l'onere di «formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà», a mezzo del doveroso «riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili». In tal modo la Corte - muovendo dall'assunto della distinguibilità concettuale tra il profilo della corrispondenza del precetto al mondo del reale (e della sua verificabilità empirica) ed il profilo dell'intelligibilità dell'enunciato linguistico - ha affermato quest'ultima come condizione necessaria, ma non sufficiente della determinatezza della fattispecie, ampliando il contenuto della garanzia ed estendendo il vaglio di legittimità in punto di determinatezza ai presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione.

In altri termini, le innovative argomentazioni della decisione pongono l'accento sul necessario rispetto, in sede legislativa, dei vincoli di realtà e di scienza, ritenendo tali vincoli violati nel caso di specie a fronte di una norma penale che definiva il plagio come la sottoposizione di una persona al proprio potere, «in modo da ridurla in totale stato di soggezione», posto che - in particolare - «la formulazione letterale dell'art. 603 c.p. prevede (...) un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe stato oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata» (**sentenza n. 96 del 1981**).

### ***2.3.3. Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi***

Un ulteriore punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza e tassatività è costituito dalla “storica” **sentenza n. 364 del 1988**, sull'*error iuris*, che espressamente richiama il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali e di chiara formulazione di queste ultime: a partire da quella decisione, l'accento posto sulle istanze personalistiche sottese all'art. 27, comma 1, Cost. conduce, nei fatti, ad una rilettura del principio di determinatezza alla luce del principio di colpevolezza (*infra*, § 3.1.), con correlata accentuazione della tassatività in funzione del rapporto norma penale-cittadino (piuttosto che in funzione del rapporto norma penale-giudice).

I nessi tra determinatezza del tipo legale e rimproverabilità personale emergono, del resto, con progressivo rilievo in diverse decisioni della Corte, che di fatti fanno ampio richiamo alla **decisione n. 364 del 1988**.

Già nella **sentenza n. 282 del 1990** (*infra*, § 2.4.4.1) - in cui la questione di legittimità è stata ritenuta fondata tanto sotto il profilo del principio di riserva di legge quanto sotto il profilo del principio di tassatività - gli allora recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul terreno del principio di colpevolezza hanno giocato un ruolo significativo,

---

<sup>5</sup> L'art. 603 c.p. definiva il reato di plagio come la condotta di “Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione”, prevedendo la pena della reclusione da cinque a quindici anni.

che emerge chiaramente quando la Corte afferma che: «Consegue dunque che la rigidità del rinvio ad uno specifico atto preesistente quando persista il potere dell'amministrazione di revocarlo, di sostituirlo o di modificarlo, rappresenta una tecnica normativa suscettibile d'indurre incertezze sul contenuto del fatto ed in questo senso non corrispondente neppure alle esigenze del principio di determinatezza». E lo stesso può dirsi anche in relazione alla **sentenza n. 34 del 1995**, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-bis, comma 1, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, nella parte in cui punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione «che non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente»: la Corte, nella specie, ha affermato che l'indeterminatezza «da un lato pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza (sentenza n. 282 del 1990 e n. 364 del 1988), tanto più che il precetto è rivolto esclusivamente a stranieri, e, d'altro canto, non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nella operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa (sentenza n. 96 del 1981)».

In definitiva, può dirsi che a seguito della pronuncia in tema di *error iuris*, l'indagine della Corte in punto di determinatezza valorizza sempre più la prospettiva aperta dall'istanza di rimproverabilità personale: ne sono ulteriori esempi la **sentenza n. 247 del 1989**, in materia di frode fiscale; l'**ordinanza n. 302 del 2004**, in materia di trattenimento nel territorio dello Stato “senza giustificato motivo”; le **sentenze n. 327 del 2008**, in materia di disastro innominato, e **n. 21 del 2009**, in materia di favoreggiamento dell'ingresso illegale.

Sintomatico dell'accoglimento di un'impostazione che assume a punto di fuga il principio di colpevolezza, e, dunque, l'istanza di conoscibilità del precetto, è, d'altra parte, l'argomento del “diritto vivente”, in virtù del quale la questione in punto di determinatezza viene ritenuta infondata qualora un orientamento costante dimostri che la norma viene chiaramente interpretata, e, che, quindi, la stessa è applicabile in modo univoco (**ordinanza n. 983 del 1988**, in tema di tutela delle bellezze naturali, e **n. 11 del 1989**, in tema di armi giocattolo; **sentenze nn. 333 del 1991 e 133 del 1992**, concernenti la determinatezza dei concetti di “modica quantità” e “dose media giornaliera” nell'uso di sostanze stupefacenti; **n. 122 del 1993**, in tema di sanzioni di reati ambientali; **n. 247 del 1997**, ancora in tema di salvaguardia delle bellezze naturali).

Anche se, al riguardo, occorre sottolineare come la Corte - nella **sentenza n. 327 del 2008** - abbia sottolineato che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale», posto che «affermare il contrario significherebbe “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere

anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti» [pur concludendo che «l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare (...) la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica e polisensa», colmando dunque – come si è ritenuto nel caso di specie - il profilo di frizione con il principio in esame].

Del resto, la stessa Corte, in diverse occasioni, ha indicato il percorso ermeneutico da seguire per colmare l'apparente *deficit* di determinatezza, spesso facendo leva su una ben precisa ricostruzione del bene giuridico tutelato dalla norma, ossia operando una chiarificazione sull'oggetto di tutela che consente di registrare e meglio focalizzare il coefficiente di tipicità della fattispecie: al riguardo, possono essere esemplificativamente richiamate le pronunce che – pur con sfumature differenti – hanno interessato diverse fattispecie del codice penale militare, come, ad esempio, la **sentenza n. 263 del 2000**, concernente il reato di “Violata consegna” (art. 120 c.p.m.p.), ove la questione viene rigettata ritenendo che «bene giuridico degno di tutela» sia non già la mera «disciplina militare», bensì «la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati, che il legislatore ha inteso garantire rendendone rigide e tassative le modalità di esecuzione del militare comandato»; ovvero la **sentenza n. 519 del 2000** - concernente i reati di “Attività sediziosa” (art. 182 c.p.m.p.) e di “Manifestazioni e grida sediziose” (art. 183 c.p.m.p.) -, ove la Corte ha dichiarato infondata la questione, in particolare, offrendo una interpretazione dell'aggettivo “sedizioso” tale da farvi rientrare – sia in relazione alle “manifestazioni e grida”, sia in relazione alle “attività” – solo quelle condotte «idonee a suscitare reazioni violente e sovvertitrici dell'ordine e della disciplina militare» (con esclusione di quelle forme di malcontento, di protesta, di critica, o di dissenso prive di carica destabilizzante e di rivolta e, quindi, rientranti nell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero), anche alla luce di una peculiare ricognizione dell'oggettività giuridica ravvisata nel mantenimento della disciplina militare, intesa non già come valore “fine a se stesso”, bensì quale «fattore essenziale alle esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità delle forze armate».

In sintesi, dalla giurisprudenza della Corte emerge come i costrutti argomentativi seguiti nel sindacato sulla determinatezza e tassatività del tipo legale chiamano spesso in causa anche altri principi e garanzie. Ed in questo solco, può essere segnalata l'esistenza di (frequenti) pronunce che guardano anche al versante dei rapporti tra determinatezza del tipo legale (e pena) e ragionevolezza: cfr. **Corte cost., n. 370 del 1990**, in cui la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 708 c.p., per violazione degli artt. 25 e 3 Cost., è motivata dal *deficit* di tassatività della disposizione, oltre che dall'irragionevolezza della limitazione delle condizioni soggettive punibili alla sola categoria di persone contemplate dalla disposizione; la **sentenza n. 299 del 1992**, dove l'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p., è fatta discendere dall'eccessiva divaricazione tra il minimo ed il massimo (da due a 24 anni) della pena prevista, in spregio al principio di determinatezza della sanzione penale.

#### **2.3.4. Il divieto di analogia in materia penale**

Per quanto attiene al divieto di analogia in materia penale, la Corte costituzionale ne riconosce l'avvenuta costituzionalizzazione sempre nel dettato dell'art. 25, comma 2, Cost., quale fondamentale implicazione delle garanzie concernenti la determinatezza e, soprattutto, la tassatività della norma penale.

Il vaglio di legittimità costituzionale, da questo punto di vista, viene generalmente declinato sul criterio della omogeneità/eterogeneità dei casi presi in considerazione dalla norma incriminatrice o, meglio, delle indicazioni esemplificative contemplate da quest'ultima, come emerge, esemplificativamente, nella **sentenza n. 120 del 1963**, ove si afferma che «Per quanto riguarda il preteso contrasto con l'art. 25 della Costituzione, ritiene la Corte che l'impugnato art. 3 non attribuisce al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato. Non é, infatti, esatto che nella formulazione di tale articolo si abbia una eterogeneità di indicazioni esemplificative, per cui manchi un preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate. Gli elementi, invece, che secondo l'art. 3, individuano la fattispecie e segnano i limiti di applicazione della norma sono dati, non dalla natura dell'attività, tecnica o amministrativa, dell'azienda appaltatrice, ma dall'esistenza di un rapporto di appalto e dal fatto che l'attività dell'impresa appaltatrice si svolge nell'interno dell'azienda dell'impresa appaltante o in connessione col servizio pubblico da questa esercitato: rientra cioè nel ciclo di produzione e di svolgimento del servizio pubblico. Stabilire quando, in concreto, ciò si verifichi, anche al di fuori delle enunciazioni indicative contenute nel secondo comma dell'art. 3, é opera (...) di interpretazione e non di applicazione analogica».

Il criterio segnalato ritorna, in buona sostanza, anche nella già citata **sentenza n. 327 del 2008**, in materia di disastro innominato: in relazione alla formula “altro disastro” di cui all'art. 434 c.p., la Corte afferma che «Entrambi i criteri ora indicati convergono, dunque, nel senso che l'“altro disastro”, cui fa riferimento l'art. 434 cod. pen., é un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai “disastri” contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza”».

#### **2.4. Il principio di riserva di legge**

Nel chiarire il fondamento del principio di riserva di legge, consacrato nell'art. 25, comma 2, Cost., la Corte ne ha sottolineato a più riprese il profilo eminentemente politico, di matrice illuministica, che edifica la *ratio* del monopolio penale del legislatore statale «sul suo essere rappresentativo della società tutta, <unita per contratto sociale>», perché «è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente o attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì <per il suo bene e nel suo interesse>» (così la **sentenza n. 487 del 1989**); ma nei percorsi argomentativi più articolati non ne è stato trascurato, altresì, il profilo storico-ideologico, che rimanda ancora alla concezione illuministica della legge come strumento di superamento del pluralismo giuridico tipico

dell'Antico Regime, in linea con un programma di riduzione dell'ambito di rilievo penale che del resto trova riscontro nel sistema penale delineato dalla Costituzione, il quale – sono parole della Corte - «tende ancor oggi (...) a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (*ultima ratio*) di pochi beni, significativi od almeno <importanti>, per l'ordinato vivere sociale» (ancora la **sentenza n. 487 del 1989**).

Dunque, la riserva di legge (statale) in materia penale si assume a garante non solo della sovranità dell'organo-Parlamento, e - in quella sede - della dialettica democratica, ma anche della limitazione delle possibili fonti di produzione normativa, in una prospettiva che, dunque, non implicherebbe soltanto l'esclusione di possibili arbitri da parte di altri poteri dello Stato (c.d. “profilo negativo della riserva di legge”), ma altresì una riduzione della sfera del penalmente rilevante congeniale all'idea del diritto penale quale *extrema ratio* di tutela dei beni giuridici (c.d. “aspetto positivo del principio di riserva di legge”).

Le istanze garantite dalla riserva di legge, infine, concernono non solo la fissazione del precetto, ma anche la individuazione della pena, la cui predeterminazione legale costituisce un requisito essenziale «affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio» [così, ad esempio, la **sentenza n. 299 del 1992**, sottolineando l'esigenza «che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo (...) non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena (...))»].

#### **2.4.1. Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge)**

Per quanto concerne il margine di intervento, in materia penale, degli “atti aventi forza di legge”, la giurisprudenza costituzionale è indicativa dell'accoglimento di una nozione di riserva di legge come *riserva di fonte* (ancorché, come si vedrà, solo statale) piuttosto che come *riserva di organo*, con conseguente ammissione dei decreti legislativi e dei decreti-legge entro il novero delle fonti di produzione delle incriminazioni.

Una tale conclusione emergeva già in talune pronunce in merito al rapporto tra normativa primaria e fonti subordinate, in cui, come si vedrà, si precisava «la necessità che sia la legge (od un *atto equiparato*) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (**sentenza n. 26 del 1966**, e, su quella traccia, **n. 282 del 1990**; corsivo nostro). E questa opzione trovava del resto conferma, sotto traccia, nelle pronunce della Corte relative alla legittimità costituzionale della delegazione legislativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (in tal senso, si veda, ad esempio, la **sentenza n. 53 del 1961**).

Del resto, almeno di recente, non sembrano emergere questioni incidentali di costituzionalità prospettate con esplicito riferimento ad un'incompatibilità di principio della riserva in materia penale con atti normativi dotati soltanto della *forza* e non della *forma* della legge (venendo spesso portata all'attenzione della Corte, piuttosto, l'eccessiva genericità dei principi o criteri della legge delega, ovvero un vizio di eccesso di delega: per un esempio della prima ipotesi, si pensi al profilo di illegittimità sollevato in relazione alle “nuove” fattispecie

di false comunicazioni sociali, in relazione alla “previsione di generiche “soglie quantitative”, non accompagnata dall’indicazione di specifici parametri di riferimento”, profilo tuttavia rigettato dalla **sentenza n. 161 del 2004**; per un esempio del secondo caso, che pure ha condotto ad una pronuncia di manifesta inammissibilità per impugnazione di norma inconferente, si veda la **sentenza n. 382 del 2004**, sull’art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998, concernente il reato di *insider trading*).

Anche di recente, peraltro, la Corte ha ribadito esplicitamente che «la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ammesso (cfr. **sentenze n. 26 del 1966**; **n. 113 del 1972**; **n. 282 del 1990**), il ricorso alla delegazione legislativa per l’introduzione di nuove norme penali, sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all’art. 25 della Costituzione» (**ordinanza n. 134 del 2003**).

Analogamente, anche in materia di decretazione d’urgenza le questioni sollevate in riferimento all’art. 25, comma 2, Cost. non riguardano l’incompatibilità, in linea di principio, della decretazione medesima con le garanzie di cui alla citata previsione costituzionale, concentrando piuttosto il vaglio di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza (cfr., di recente, la **sentenza n. 83 del 2010**, dove la Corte – confermato il principio in base al quale il sindacato sulla legittimità dell’adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge debba limitarsi alla “evidente mancanza” dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del secondo comma dell’art. 77 Cost., rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell’ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto” - ha escluso tale “evidente mancanza” nel caso concreto, dichiarando non fondata la questione concernente il d.l. n. 172 del 2008, “*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti in materia ambientale*”).

#### ***2.4.2. Riserva di legge e fonti comunitarie***

Un tradizionale corollario del principio di riserva di legge interessa il versante delle fonti comunitarie, in relazione alle quali è costante l’orientamento che asserisce la loro incompetenza in materia penale, e comunque l’impossibilità di esplicitare effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale senza la mediazione di un atto traspositivo del legislatore interno.

Nondimeno, la giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento interno e fonti comunitarie ha registrato, negli ultimi anni, importanti sviluppi che interessano anche il fronte penalistico.

In particolare, la Corte ha già da tempo riconosciuto che l’art. 11 Cost. fonda – oltre al potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie *dotate di effetto diretto*, non applicando (o “disapplicando”) le norme nazionali che si trovino in contrasto con esse (**sentenza n. 170 del 1984**) – anche la possibilità, per quanto qui maggiormente interessa, di sollevare la questione di legittimità di una norma interna per violazione di una norma europea *non dotata di effetto diretto* (**sentenze n. 170 del 1984**; **n.**

**317 del 1996; n. 267 del 1999; n. 284 del 2007).**

Escluso che atti di produzione comunitaria possano avere effetti diretti in materia penale, è su quest'ultima traccia che le recenti **sentenze n. 28 e n. 227 del 2010**, hanno per la prima volta posto una norma comunitaria *sprovvista di effetto diretto* a fondamento di una sentenza di illegittimità costituzionale *ex artt. 11 e 117, co. 1, Cost. di una legge nazionale*.

Al riguardo, va anzitutto segnalata la **sentenza n. 28 del 2010**, sulle cc.dd. ceneri di pirite, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 183, comma 1, lett. n), del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Norme in materia ambientale*), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 20, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui ricomprendeva nella definizione di sottoprodotti le ceneri di pirite, sottraendo le relative condotte alle disposizioni penali di cui al medesimo decreto, in difformità alle previsioni, sul punto, del diritto comunitario. Verificata l'impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme della previsione legislativa censurata, così come quella di disapplicare quest'ultima ed applicare la previsione comunitaria – nel rispetto appunto del principio per cui gli effetti diretti devono ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale - la Corte ritiene di dover sottoporre a scrutinio la norma interna, negando che possa costituire ostacolo a ciò il possibile effetto *in malam partem* della (eventuale) declaratoria di illegittimità costituzionale, relegato al terreno degli «effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali».

Nel solco tracciato dalla **sentenza n. 28 del 2010**, si colloca poi la successiva **sentenza n. 227 del 2010**, in tema di mandato d'arresto europeo, ove la Corte – ribadito il divieto di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario laddove si verta in materia penale - fonda, ancora una volta, la declaratoria di illegittimità su una norma comunitaria *sprovvista di effetto diretto*.

### **2.4.3. Riserva di legge e fonti regionali**

#### *2.4.3.1. Il fondamento del monopolio punitivo statale*

Quanto ai rapporti tra riserva di legge e fonti regionali, una consolidata giurisprudenza esclude che la potestà punitiva possa trovare origine in atti normativi delle Regioni, saldando il fondamento del monopolio statale in materia penale, su questo fronte, da un lato ed anzitutto alla generica *ratio* di garanzia sottesa all'art. 25, comma 2, Cost., in ragione della «particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante pena [...] onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base ad una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato»; dall'altro, volta a volta con differenti accenti, richiamando ora l'art. 3 Cost., che garantisce l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, ora l'art. 5 Cost., che garantisce l'unità politica dello Stato, ora l'art. 117 Cost., che non contempla una potestà punitiva in capo alle Regioni, ora persino ponendo la riserva di legge statale in rapporto con il principio

della precostituzione per legge del giudice naturale, ovvero, sotto diverso profilo, con il divieto per le Regioni di «adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione di persone tra le Regioni», sancito dall'art. 120 Cost. (cfr., *ex plurimis*, le **sentenze n. 21 del 1957; n. 58 del 1959; n. 13 del 1961; n. 128 del 1963; n. 79 del 1977; n. 62 del 1979; n. 239 del 1982; n. 179 del 1986; n. 309 del 1990**).

Una ricostruzione particolarmente articolata ed argomentata è offerta dalla **sentenza n. 487 del 1989**, nella quale la questione è stata proiettata nel prisma di una valorizzazione congiunta e “sistematica” dei diversi principi costituzionali in rilievo (artt. 25 comma 2, 3, 5, 13, 24, 27, 112 e 120): dopo aver affermato che «il *monopolio penale* del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale», la Corte ha negato alle Regioni legittimazione ad emanare norme penali per «la mancanza di una visione generale dei bisogni e delle esigenze di una intera società», sottolineando, in definitiva, il carattere di «statualità a doppio titolo del diritto penale: ed infatti statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale, e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti» (affermazione analoga, pur con qualche ulteriore sfumatura, si riscontra anche in successive sentenze, come ad es. la **sentenza n. 185 del 2004**, secondo cui la legge statale deve salvaguardare «beni, valori e interessi propri dell'intera collettività *tutelabili solo su base egualitaria*»).

#### *2.4.3.2. L'estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità*

In ogni caso, l'ambito dei rapporti tra riserva di legge e normativa regionale in materia penale individua il versante dell'art. 25, comma 2, Cost. più frequentato da questioni e pronunce di illegittimità costituzionale, che hanno interessato – in linea di principio - i più diversi profili sui quali può incidere la normativa regionale, e, segnatamente, non solo le vicende costitutive della punibilità ma anche quelle modificative o estintive.

Così, nel corso degli anni, la Corte ha ritenuto illegittime leggi regionali che prevedano nuove incriminazioni o che abrogano fattispecie incriminatrici preesistenti (**sentenza n. 79 del 1977**); che sostituiscano la sanzione penale con una sanzione amministrativa (**sentenza n. 309 del 1990**); che contemplino una nuova causa di estinzione del reato (consentendo, ad esempio, l'estinzione dei reati contravvenzionali urbanistici in assenza dei presupposti richiesti dalla legge statale: **sentenza n. 273 del 1995**) o amplino la portata di una preesistente (anche solo “analogicamente”: **sentenza n. 487 del 1989**).

Il divieto di introduzione di nuove fattispecie incriminatrici è stato peraltro inteso come preclusione a configurarle anche solo *per relationem* rispetto a sanzioni penali contemplate in norme statali, ed altresì come impossibilità per le Regioni di stabilire autonomamente la sanzione penale da applicare in presenza di violazioni a proprie disposizioni (**sentenze n. 58 del 1959; n. 128 del 1963**).

In ogni caso, come accennato, l'impossibilità di intervento della normativa regionale in materia penale è stata affermata non solo con riferimento ai profili costitutivi della rilevanza penale (o della punibilità *lato sensu* intesa) - ossia come “riserva statale sulle scelte

criminalizzatrici” -, ma anche con riferimento agli ambiti della *giustificazione* e della *non punibilità*, posto che – si è affermato - «Le regioni non possono rimuovere o variare con proprie leggi la punibilità dei reati sancita da leggi dello Stato» (**sentenza n. 117 del 1991**; analogamente, **sentenze n. 185 del 2004 e n. 196 del 2004**, in materia di condono edilizio; altresì, **sentenza n. 183 del 2006**), e che la stessa «previsione di cause di estinzione del reato è riservata alla legge statale, in quanto a quest’ultima spetta la potestà incriminatrice; poiché alla stessa legge compete, conseguentemente, individuare le situazioni a cui si applicano le citate cause; e poiché, pertanto, l’ambito delle predette situazioni, individuato in una legge statale, non può essere illegittimamente esteso o ristretto ad opera di leggi regionali (neppure di quelle che dispongono in materie c.d. <esclusive>)» (**sentenza n. 487 del 1989**, peraltro meno perentoria in relazione al caso in cui “diritti scriminanti” possano trovare fonte in leggi regionali).

In altri termini, e più in generale, alle Regioni sarebbe vietato di «interferire negativamente con le norme penali, disciplinando e considerando, quindi, lecita un’attività penalmente sanzionata dall’ordinamento nazionale» (**sentenze n. 370 del 1989; nn. 43 e 309 del 1990; nn. 117 e 213 del 1991**; in relazione alle Regioni a statuto speciale, ad esempio, la **sentenza n. 185 del 2004** ha dichiarato l’illegittimità della legge della regione Friuli-Venezia Giulia n. 17 del 2002, che, disciplinando l’introduzione di case da gioco nel territorio della Regione, aveva previsto una deroga alle disposizioni penali che vietano il gioco d’azzardo, ai sensi degli artt. 718 ss. c.p.).

#### *2.4.3.3. Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*

L’orientamento della giurisprudenza costituzionale in merito al mancato riconoscimento della titolarità di potestà punitiva in capo alle Regioni non ha subito alterazioni a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, che, come è noto, ha rimodulato il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Nella nuova cornice costituzionale, da un lato si conferma che il potere sanzionatorio amministrativo spetti al titolare della competenza per materia, e dunque alle Regioni nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, in base al principio del parallelismo tra disciplina sostanziale e disciplina sanzionatoria amministrativa (ad esempio, **sentenza n. 361 del 2003**) e/o dell’autonomia tra disciplina sanzionatoria penale e amministrativa, corollario della riserva di legge e del riparto di competenze Stato/regioni (**sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006**), e pur nei limiti fissati dall’art. 9 della l. n. 689 del 1981 (il quale prevede che la sanzione penale statale prevalga sulla sanzione amministrativa regionale, salva la possibilità di cumulo a volte rivendicata da singole normative regionali).

Dall’altro, e parallelamente, si ribadisce l’esclusione di una potestà normativa regionale in campo penale anche con riferimento a materie su cui le Regioni a statuto ordinario o statuto speciale, ovvero le Province autonome, abbiano competenza legislativa in via esclusiva o concorrente (si pensi all’agricoltura, alla caccia e pesca, alla “tutela e sicurezza del lavoro”, alla “tutela della salute”, all’“alimentazione”, al “governo del territorio”, alla “tutela dell’ambiente”), anche in ragione dell’esplicita menzione della materia “ordinamento penale”

tra quelle assegnate – appunto nel disegno di riforma del titolo V - alla competenza esclusiva statale, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. [dove per “ordinamento penale” – come ha chiarito la **sentenza n. 185 del 2004** - deve intendersi l’intero «sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lettera l)»].

In questa prospettiva, dunque, la Corte ha espressamente chiarito che la riserva allo Stato della competenza nella materia “ordinamento penale” «non è una novità introdotta in sede di revisione del titolo V», bensì un’esplicita conferma dell’orientamento giurisprudenziale precedente (ancora, **sentenza n. 185 del 2004**) e che «solo il legislatore statale può incidere sulla sanzionabilità penale, disponendo, specie in occasione di sanatorie amministrative, di assoluta discrezionalità in materia di estinzione del reato o della pena, o di non procedibilità» (**sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006**), pur sottolineando l’esigenza che l’esercizio della potestà punitiva in materia penale – essendo «potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni» - sia sempre contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, in ossequio al criterio dell’*extrema ratio*, alla stregua del quale «la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell’intera collettività tutelabili solo su base egualitaria» (**sentenza n. 185 del 2004**).

Al tempo stesso, si è affermato che l’intervento sui profili penali è tale da attrarre l’intera materia nella competenza statale, posto che «la considerazione del trattamento penale assume (...) preminenza agli effetti della competenza legislativa, pur nella generica riconducibilità ad altra materia delle norme precettive la cui violazione è sanzionata» (**sentenza n. 183 del 2006**, ove si è ritenuta infondata la questione di legittimità proposta in relazione alla disciplina prevista ai commi 36 e 37 dell’art. 1 della l. n. 308 del 2004, la quale - modificando sul punto il Codice dei beni culturali - ha previsto l’inapplicabilità della fattispecie contravvenzionale relativa ad interventi non assistiti da autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa, in ipotesi di accertamento, ad opera della competente autorità amministrativa, della compatibilità paesaggistica dell’opera abusiva, sottolineando che «l’irrelevanza penale dell’abuso non tocca gli aspetti urbanistici, per i quali le regioni non vedono scalfita la loro competenza nella previsione delle sanzioni amministrative in materia edilizia», ribadendo dunque il consueto principio dell’autonomia delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali).

Pertanto, un tale orientamento di fondo, è stato ribadito anche a fronte di disposizioni peculiari, come quella prevista all’art. 23 St. della Regione Trentino-Alto Adige, ai sensi del quale “la Regione e le Province utilizzano – a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi – le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie”.

Sullo specifico profilo è infatti intervenuta la **sentenza n. 387 del 2008**, con la quale è stata dichiarata l’incostituzionalità dell’art. 22 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2007, ritenendo che la norma censurata «prevede un’ampia serie di reati venatori, non mediante un mero rinvio alla legge statale, ma con una specifica ed autonoma determinazione delle fattispecie cui sono collegate le pene previste dall’art. 30 della legge statale n. 157 del 1992», e puntualizzando che «l’art. 23 dello Statuto regionale non consente né l’autonoma determinazione delle fattispecie, con un rinvio alla legge statale solo per l’individuazione delle fattispecie, né l’incorporazione delle stesse in una legge regionale o provinciale».

Con la pronuncia in esame, in altri termini, non si è attribuita alla disposizione citata alcuna valenza derogatoria rispetto all'assetto generale, ritenendo possibile, dunque, che la legge della provincia autonoma operi solo un mero rinvio alla legge penale statale, ma non una autonoma determinazione del precetto (con rinvio alla legge statale per la sola individuazione delle sanzioni), né una "incorporazione" delle stesse in una legge regionale o provinciale.

*2.4.3.4. Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale:  
"integrazione tecnica" ed "effetti indiretti"*

Pur in questo quadro, diverse pronunce della Corte, sin da tempi risalenti, hanno più volte sottolineato ed ammesso la possibilità che - ove la legge statale abbia già autonomamente operato le scelte fondamentali sopra ricordate - la normativa regionale produca sulla legge penale statale *effetti indiretti* (o effetti "in via mediata"), evidenziando, volta a volta, lo spazio di legittima incidenza della legge regionale su presupposti del reato, norme penali in bianco, su elementi normativi di fattispecie, su cause di giustificazione, su fattispecie estintive, "riempiti" da fonti regionali nell'esercizio e nei limiti delle proprie competenze, esclusive o concorrenti: posto che spetta allo Stato la posizione del divieto e della sanzione penale, ma resta comunque alla Regione, specie nelle materie di competenza esclusiva, la conformazione della disciplina sottesa.

Chiari, sul punto, i rilievi della già citata **sentenza n. 487 del 1989**, dove già si affermava, da un lato, che «alle leggi regionali non è precluso concorrere a precisare, *secundum legem*, presupposti d'applicazione di norme penali statali, né concorrere ad attuare le stesse norme e cioè non è precluso realizzare funzioni analoghe a quelle che sono in grado di svolgere fonti secondarie statali», ossia di intervenire in funzione di "specificazione tecnica" rispetto a scelte politiche compiute dalla legge statale, (sui rapporti tra riserva di legge e fonti subordinate, cfr. *infra*, 2.4.4.); e, dall'altro, si richiamava l'attenzione sul fatto che «[...] dottrina e giurisprudenza ritengono che ampio spazio in materia penale sia consentito alle Regioni allorché dalle leggi statali si subordinino effetti incriminatori o decriminalizzanti ad atti amministrativi (o legislativi) regionali: in tal caso, nel determinare i presupposti dai quali sono condizionati gli effetti penali (e, conseguentemente, nel modificare i presupposti stessi) le leggi regionali indirettamente, e per determinazione delle stesse leggi statali, incidono su fattispecie penali previste da leggi statali» [del resto, la stessa **sentenza n. 487 del 1989** rilevava ancora che «la tutela penale dei beni rientranti nelle materie regionali <esclusive> o <concorrenti>, può ben essere autonomamente fornita, attraverso l'incriminazione di violazioni agli stessi beni, dalla legge penale statale», sottolineando come la stesa dottrina, fra l'altro, «comunemente ammette che si diano casi di colpa per inosservanza di leggi cautelari (sempre che si ritenga rispettato l'art. 25, secondo comma, Cost.) e che, in alcune ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione, le leggi regionali possano concorrere a definire elementi costitutivi (es. <dovere>, <atto d'ufficio>, ecc.) delle fattispecie tipiche incriminate»].

In questa cornice, ad esempio, l'**ordinanza n. 717 del 1988**, in merito ad una disposizione

della legge regionale veneta [l'art. 6, punto 3, lett. c) l. della Regione veneto n. 33 del 1985] che escludeva la necessità di autorizzazione per lo spargimento a fini agricoli sui terreni dei liquami da allevamenti animali e ritenuta dal giudice *a quo* interferire con la legge Merli, che prevedeva l'obbligo, penalmente sanzionato, di richiedere l'autorizzazione per l'effettuazione di scarichi, ha affermato la manifesta infondatezza della questione ritenendo che «la materia disciplinata dalla norma censurata è prettamente amministrativa in quanto riguarda l'inquinamento del suolo di competenza della Regione e propriamente la determinazione delle fattispecie per cui occorre l'autorizzazione amministrativa e quelle che invece ne sono esenti e non importa alcuna modificazione nella configurazione del fatto-reato» (in una vicenda in parte analoga, si veda altresì **l'ordinanza n. 197 del 1991**).

Questi orientamenti vanno tuttavia misurati con altro indirizzo, secondo il quale alle Regioni non sarebbe consentito prevedere, ad esempio, che per lo svolgimento di determinate attività per le quali la legge statale esige il preventivo rilascio da parte della regione stessa di un provvedimento di autorizzazione (sanzionando penalmente il divieto), fosse richiesta non già un'autorizzazione individuale (previa verifica della conformità alla legge delle specifiche modalità con le quali veniva svolta in concreto l'attività), bensì una mera generale autorizzazione, contenuta nella stessa legge regionale a favore di tutti coloro che al momento dell'entrata in vigore esercitassero tale attività (**sentenze n. 234 del 1995; n. 117 del 1991; n. 43 del 1990**).

#### **2.4.4. Riserva di legge e fonti subordinate**

Il principio di riserva di legge statale in materia penale impone limiti precisi anche alle ipotesi in cui il divieto penale richiama od “incorpora” una fonte subordinata rispetto alla legge, quale un regolamento o un provvedimento amministrativo, sia che si tratti di norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto (direttamente o per il tramite di un c.d. “elemento normativo di fattispecie”), sia che si tratti di norme penali che – più in generale - sanzionano l'inosservanza di provvedimenti amministrativi (secondo il c.d. “modello ingiunzionale”, che appunto pone il precetto penale a garanzia dell'osservanza dell'ordine amministrativo).

L'istanza garantistica specificamente in rilievo viene evidenziata sottolineando la necessità che sia non un atto del potere esecutivo bensì la legge a consentire di «distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (**sentenza n. 364 del 1988**, e, su quella traccia, **n. 282 del 1990**), pur non richiedendosi che la fonte legislativa debba provvedere ad una *integrale* descrizione del fatto tipico (secondo le più restrittive posizioni che – nel solco della tralatizia distinzione - si richiamano alla concezione della riserva di legge *assoluta*).

##### *2.4.4.1. Il criterio della “sufficiente specificazione legale” dell'incriminazione*

Nell'evoluzione della giurisprudenza sul punto, peraltro, i rapporti che - alla luce della

previsione di cui all'art. 25, comma 2, Cost. - possono instaurarsi tra fonti primarie e fonti secondarie sono stati declinati secondo impostazioni teoriche differenti.

Per quanto anzitutto concerne le fattispecie che – direttamente o indirettamente – rinviano a fonti secondarie per la specificazione del precetto, nelle pronunce più risalenti la Corte ha dimostrato preferenza per le ricostruzioni dottrinali che assumevano l'integrazione operata dalla fonte subordinata (ad es., il regolamento) a *presupposto di fatto* del divieto penale, con implicita o esplicita adesione alla c.d. “teoria della disobbedienza” come tale [in particolare, nella **sentenza n. 36 del 1964**, concernente il reato di cessione di sostanze stupefacenti (nella specie, l'allora vigente art. 6, l. n. 1041 del 1954), indicate nell'apposito elenco compilato dal Ministero della sanità, richiamandosi al precedente orientamento si afferma che «Atti e provvedimenti dell'amministrazione aventi per oggetto determinazioni di prezzi, denominazioni tipiche di prodotti, modifiche a norme della circolazione stradale, ecc., rispondenti a valutazioni di carattere tecnico o contingente, in connessione con precetti penali posti a garanzia della loro osservanza (...) sono stati ritenuti legittime manifestazioni dell'attività normativa dell'Amministrazione, e le loro specifiche statuizioni considerate al di fuori del precetto penale, il quale deve ritenersi già integralmente costituito con la generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti»]; **sentenze n. 36 e n. 96 del 1964**, rispettivamente considerando l'elenco delle sostanze stupefacenti e l'elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale non come “elementi intrinseci del precetto penale” ma come meri “presupposti della sua applicazione”; analogamente, nella **decisione n. 96 del 1964**, l'elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale viene considerato non come “elemento intrinseco del precetto penale” ma come mero “presupposto della sua applicazione”).

Rispetto a questa linea, un primo mutamento di indirizzo si è registrato nella **sentenza n. 26 del 1966**, nella quale - approfondendo probabilmente uno spunto già rinvenibile nella appena citata **sentenza n. 36 del 1964** - la Corte adotta il criterio della c.d. “*sufficiente determinatezza della fattispecie di fonte legale*”. In particolare, nella citata sentenza - che si segnala altresì per le affermazioni in merito ai rapporti tra legge statale e leggi regionali (*retro*, § 2.4.3.) – si opera una significativa distinzione ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., tra versante precettivo e versante sanzionatorio; distinzione, peraltro, tuttora dominante.

Sul primo fronte, la Corte ritiene che il principio della riserva di legge sia rispettato quando «sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»; per quanto attiene al versante sanzionatorio, al contrario, l'approccio della Corte si è dimostrato più restrittivo, reputandosi che la fissazione delle pene debba essere considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali (analogamente la **sentenza n. 69 del 1971**, secondo la quale «il principio di legalità della pena esige, quindi, che “sia sempre ed esclusivamente la legge a determinare con quale misura debba venire repressa la trasgressione dei precetti che essa vuole sanzionati penalmente”»).

Sulla base di questi criteri, la Corte ha escluso la incostituzionalità della disposizione della legge forestale che attribuiva alle Camere di commercio (subentrate ai Comitati forestali) il

potere di emanare norme di polizia sanzionate penalmente, dichiarando viceversa illegittimo «l'art. 11 della legge forestale, per il fatto che demanda alle norme locali di polizia forestale emanate dalle Camere di commercio di stabilire a propria scelta (non importa se entro limiti tassativi, indicati con riferimento a un precetto generale altrimenti applicabile) le sanzioni penali da comminare ai trasgressori» (negli stessi termini di cui alla **sentenza n. 26 del 1966**, sono, per esempio, le successive **sentenze n. 61 del 1969; n. 69 e n. 168 del 1971; n. 58 del 1975; n. 108 del 1982; n. 299 del 1992**; diversamente, per taluni aspetti, **sentenze n. 9 e n. 113 del 1972**).

Alla luce dell'anzidetto parametro della "sufficiente specificazione", in particolare, la tecnica di formulazione del precetto penale contemplante il rinvio a regolamento o ad atto amministrativo, direttamente o indirettamente richiamato, è stata dunque ritenuta compatibile col principio di riserva di legge nei diversi schemi in cui essa possa prendere forma.

Da un lato, si è ritenuto non contrastante con il principio di riserva di legge la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo, rispetto ad elementi normativi del fatto sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge e demandati alla determinazione tecnica della fonte subordinata, quando il contenuto d'illecito (e la sottesa "scelta di politica criminale") sia comunque definito dalla fonte primaria, come appunto nel caso degli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti contenuti in un decreto ministeriale, correlati ad un divieto i cui essenziali termini normativi risultano legalmente definiti [emblematicamente, la **sentenza n. 333 del 1991**; ma a conclusioni analoghe, sul punto, erano già giunte – *inter alia* - le **sentenze n. 36 del 1964 e n. 9 del 1972**; analogamente la **sentenza n. 13 del 1992**, ove – specificati i criteri in base ai quali la integrazione tecnica debba essere condotta per essere legittima - si aggiunge che «l'eventuale illegittimità in concreto dell'integrazione amministrativa non pone un problema di compatibilità con il precetto costituzionale della riserva di legge, ma radicherebbe il poterdovere del giudice ordinario di disapplicare caso per caso il decreto ministeriale suddetto»; negli stessi termini, in materia di disciplina penale dell'igiene degli alimenti si veda pure – con peculiare riferimento all'elenco degli additivi chimici vietati – le **sentenze n. 96 del 1964 e n. 61 del 1969**, ritenendo l'integrazione contenuta entro «(...) i limiti sostanzialmente tecnici segnati da quei principi cui è ispirata nel suo complesso la legge sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (...)»].

Dall'altro, si è ritenuto del pari compatibile col principio in rilievo l'ipotesi in cui il precetto penale assuma una funzione *lato sensu* sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, quando sia la legge ad indicarne presupposti, carattere, contenuti e limiti di modo che il precetto penale riceva «intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto» (**sentenza n. 113 del 1972**), rimarcando nondimeno l'onere del legislatore di determinare con precisione il tipo di provvedimenti cui la tutela si riferisce, consentendone l'individuazione sicura e fissandone i presupposti, e la necessità che «sia soltanto la legge (od atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (così la già citata **sentenza n. 26 del 1966**).

Peraltro, e più in generale, anche di recente si è ribadito come «la riserva di legge in materia penale non esclude che il legislatore possa inserire nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi "esterni" al precetto penale aventi il carattere della

“normatività” – i cosiddetti elementi normativi del fatto – postulando, quindi, una integrazione “eteronoma” della norma incriminatrice», e si è ribadito come unico limite a tale integrazione eteronoma del precetto penale quello che, sul fronte del rapporto con le fonti subordinate, esige che sia la legge a dare «una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell’ autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena» (**sentenza n. 21 del 2009**).

Solo in un caso isolato, del resto, la Corte ha dichiarato l’ illegittimità di una fattispecie per violazione dell’ art. 25, comma 2, Cost. a motivo del rinvio contemplato dalla legge (penale) a fonte secondaria, concernente una fattispecie in cui veniva demandata al regolamento l’ individuazione dei soggetti attivi del reato: si tratta della **sentenza n. 282 del 1990**, con cui è stata dichiarata l’ illegittimità del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, della l. 7 dicembre 1984, n. 818, in base a cui i soggetti obbligati a richiedere il rilascio o il rinnovo del certificato prevenzione incendi, nonché il rilascio del nulla-osta provvisorio, erano individuati mediante totale rinvio ad un decreto ministeriale (decreto peraltro preesistente alla data di entrata in vigore della legge che vi rinvia, ma con potere dell’ amministrazione di revocarlo, sostituirlo o modificarlo).

Più in particolare, la Corte – assunto che la norma «(...) rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d’ illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l’ interesse tutelato dalla norma» – ha ritenuto nel caso di specie demandata all’ amministrazione «la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l’ individuazione del fatto tipico, contraddicendo l’ esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto»; anche se va sottolineato come, nel caso di specie, l’ accoglimento sia stato determinato anche da altra censura in punto di legalità, avendo la Corte altresì giudicato la tecnica normativa in questione “suscettibile d’ indurre incertezze sul contenuto del fatto ed in questo senso non corrispondente neppure alle esigenze del principio di determinatezza» (**sentenza n. 282 del 1990**).

Nella sentenza in discorso, peraltro, parte della dottrina ha ritenuto di non rinvenire alcuna frattura rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, ampiamente richiamata in motivazione; altra parte della dottrina, al contrario, ha ritenuto di potervi rintracciare una distinzione tra fattispecie integrate da fonti secondarie, aventi portata generale, in chiave di mera specificazione tecnica, e fattispecie consistenti nell’ inosservanza di provvedimenti amministrativi, per le quali, viceversa, il criterio di verifica della legittimità costituzionale, ai sensi dell’ art. 25, comma 2, Cost., sarebbe quello della sufficiente specificazione. Tale ultima ricostruzione è, a sua volta, messa in dubbio da altra parte della dottrina, che, pur ritenendo rintracciabile una differenziazione nella giurisprudenza costituzionale, reputa che essa corra piuttosto lungo uno spartiacque diverso, rappresentato dalla appartenenza della norma penale di riferimento alla categoria delle norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto o, piuttosto, alla categoria delle norme penali che puniscono l’ inosservanza tanto di regolamenti (o atti amministrativi generali) dell’ Esecutivo quanto di provvedimenti amministrativi. A tale ultima distinzione corrisponderebbero due schemi di giudizio diversi, che vedrebbero la Corte, nel primo caso, incentrare il proprio giudizio sul

contenuto della legge penale, per verificare che essa indichi in modo sufficientemente preciso il contenuto dell'illecito ovvero che essa richieda un apporto della fonte integratrice meramente tecnico; nel secondo caso, spostare il giudizio della norma penale sulla legge che deve conferire la base legale sufficientemente specifica al regolamento o provvedimento la cui inosservanza è punita.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale (e probabilmente anche nella stessa **sentenza n. 282 del 1990**) non sembrerebbe propriamente rinvenibile una diversità di criteri alla luce dei quali la Corte verifica il rispetto o meno dell'art. 25, comma 2, Cost. da parte della previsione legislativa censurata. Il criterio parrebbe piuttosto unico, quello ovverosia – ed in ogni caso – della sufficiente specificazione: alla stregua di esso il caso dell'integrazione in chiave meramente tecnica del precetto ad opera di fonte subordinata rappresenterebbe un'esemplificazione del criterio piuttosto che un criterio esso stesso. Significativa, in tal senso, sarebbe la **sentenza n. 333 del 1991**, in cui la Corte pone l'accento sulla predeterminazione del contenuto essenziale del precetto penale da parte della fonte legislativa, con ampio richiamo di precedenti concernenti tanto analoga ipotesi di integrazione del precetto ad opera di regolamenti/atti amministrativi generali quanto l'ipotesi di inosservanza di provvedimenti della P.a.

#### *2.4.4.2. (segue) Le fattispecie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco)*

Oltre ai casi di norme penali che, direttamente o per il tramite di un elemento normativo, rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto, in base a questa impostazione è stata dunque ritenuta esente da censure di ordine costituzionale anche la tipologia delle fattispecie volte a sanzionare l'inosservanza di provvedimenti della pubblica autorità (secondo il c.d. "modello ingiunzionale"), normalmente ricondotte alla più generica categoria delle cc.dd. "norme penali in bianco", categoria di cui peraltro la prevalente dottrina ritiene paradigma emblematico l'art. 650 c.p. ("*Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*").

Dopo una prima fase in cui i profili di illegittimità sono stati rigettati alla luce degli originari costrutti teorici cui la giurisprudenza si riferiva [si veda la **sentenza n. 52 del 1967**, sull'art. 15, comma 1, del t.u.l.p.s., approvato con r.d. n. 773 del 1931, ove la Corte affermò che la norma impugnata «(...) si limita a sanzionare la disobbedienza a un ordine legittimo dell'autorità, come in altri numerosi casi previsti dall'ordinamento vigente, e, in via generale, dall'art. 650 c.p.», precisando che «alla base della legittimità della norma impugnata c'è infatti il dovere del cittadino di collaborare con l'autorità di polizia per la prevenzione e la repressione dei reati, per la sicurezza e la pubblica tranquillità (...)»], un orientamento costante ha ritenuto il modello in esame di per sé non contrastante con il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., ove rispettoso del limite della "sufficiente specificazione" ad opera di fonte legislativa.

Così, la **sentenza n. 168 del 1971**, in merito ad una impugnativa direttamente concernente l'art. 650 c.p. ha dichiarato infondata la questione rilevando che «Nel caso dell'art. 650 c.p. la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle

forme legali dall'autorità competente per ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene. Spetta al giudice indagare, di volta in volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini «con sufficiente specificazione» le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento» (nello stesso senso, anche l'**ordinanza n. 11 del 1977**; con riferimento all'art. 665 c.p., «Agenzie di affari ed esercizi pubblici non autorizzati o vietati» - disposizione ritenuta «uno speciale modo d'essere di quella contenuta nell'art. 650 del codice penale» ed ora abrogata -, si veda, con cadenze analoghe, la **sentenza n. 21 del 1973**).

Gli stessi principi, del resto, sono richiamati per vagliare la compatibilità costituzionale delle cc.dd. «norme penali in bianco», categoria in cui si ricomprendono quelle disposizioni in cui il contenuto del precetto è individuato da una norma diversa da quella che statuisce la pena: pur evitando di prendere posizione sulla sottesa questione dogmatica, la Corte ritiene non contrastante questa tipologia strutturale ove sia comunque la legge, e non la fonte subordinata richiamata, a specificare il contenuto del divieto in tutte le sue componenti essenziali (ossia nei relativi presupposti, caratteri e limiti: si veda la **sentenza n. 58 del 1975**), spesso escludendo che il rinvio a diversa fonte in chiave di ulteriore specificazione valga di per sé a privare di autonomia precettiva la norma (così, ad esempio, in relazione all'art. 348 c.p., la **sentenza n. 199 del 1993**).

Del resto, la irrilevanza della validità o meno della definizione come «norme penali in bianco» emerge con chiarezza nella **sentenza n. 186 del 1982**, nella quale, con riferimento ad una norma della legislazione in materia di armi (art. 2, comma 3, della l. n. 110 del 1975), si afferma che «tuttavia, quand'anche il precitato comma venisse considerato norma in bianco, non per questo dovrebbe ritenersi violativo dell'art. 25 Cost., adempiute le condizioni innanzi indicate», aggiungendosi come «In dottrina si ritiene quasi unanimemente che la norma in bianco non violi, di per sé, il principio di riserva di legge» [per una più recente applicazione, con riferimento all'art. 262 c.p., «*Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione*», si veda anche la **sentenza n. 295 del 2002**, dove la Corte ha ritenuto possibile una lettura del quadro normativo idonea «a sottrarre la disposizione impugnata al sospetto di violazione del principio di tassatività della fattispecie di reato, nonché del principio di legalità in materia penale sotto il profilo della riserva di legge», posto che, con riguardo a quest'ultimo profilo, «risulta (...) rinvenibile nella legge una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'atto di natura amministrativa che impone il divieto assistito da sanzione penale, tale da permettere un efficace controllo incidentale di legittimità dell'atto medesimo»].

#### ***2.4.5. Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive in malam partem***

Per giurisprudenza costante, il secondo comma dell'art. 25 Cost. «nell'affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte Costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di

reato già esistenti» (**sentenza n. 161 del 2004**).

La Corte ha costantemente concluso per la inammissibilità delle questioni che comportavano la richiesta «di un intervento additivo che si risolva in un aggravamento della posizione sostanziale dell'imputato» (**ordinanza n. 175 del 2001**). A mero titolo esemplificativo si possono citare, tra le molte, la **sentenza n. 411 del 1995**, secondo la quale non rientra fra i poteri spettanti alla Corte introdurre nell'ordinamento una nuova norma diretta ad assoggettare a sanzione penale l'uccisione immotivata di un animale da parte del proprietario, richiesta dal rimettente per ovviare all'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla condotta di chi compie sevizie e maltrattamenti nei confronti dell'animale, sanzionata penalmente; la **ordinanza n. 580 del 2000**, che ha escluso la possibilità di estendere interpretativamente la portata dell'art. 203 della legge fallimentare a condotte incidenti sul patrimonio personale del socio, non comprese nell'incriminazione; o, ancora, l'**ordinanza n. 175 del 2001**, per la quale la questione, volta ad ottenere la reintroduzione della fattispecie di oltraggio, espressamente abrogata, «manifestamente eccede i compiti di questa Corte, poiché la qualificazione delle condotte ai fini della repressione penale è espressione di una scelta discrezionale riservata al legislatore».

Questo limite di intervento condiziona anche le decisioni volte a ripristinare la ragionevolezza della norma, condizionata dalla presenza di un riferimento discriminatorio (sul punto, più diffusamente, *infra*, § 5.1.): così, nella **sentenza n. 508 del 2000**, la Corte - nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p. in tema di vilipendio della religione di Stato, in quanto viola i principi fondamentali di eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, si sottolinea che, «sebbene il ripristino dell'eguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati», questa seconda soluzione non è percorribile, poiché ad essa osta «la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene» (tuttavia, nella **sentenza n. 440 del 1995**, con riferimento al reato di bestemmia previsto all'art. 724 c.p., si era adottata la diversa soluzione volta ad abolire il riferimento discriminatorio alla sola «religione dello Stato», estendendo di fatto la portata incriminatrice della norma).

Non sono, dunque, ammissibili interventi della Corte che, incidendo su taluni elementi del tipo, abbiano l'effetto di estendere l'incriminazione, alterando le linee di politica criminale seguite dal legislatore.

Così, nella **sentenza n. 161 del 2004** concernente le fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.), la Corte ha escluso di poter adottare una pronuncia che - intervenendo sul regime di procedibilità a querela previsto per una delle ipotesi di mendacio societario, ovvero sulle soglie di rilevanza percentuale che condizionano la punibilità, - avrebbe comportato l'estensione dell'ambito applicativo delle norme penali, confermando il principio in base al quale tale scelta «resta comunque [...] sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost., al legislatore, sovrapporre ad essa [...] una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice» (analogamente, con riferimento a riequilibri *in malam partem* proposti in materia penale tributaria, **sentenza n. 49 del 2002**).

Analogamente, l'**ordinanza n. 164 del 2007**, nel dichiarare manifestamente inammissibile

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, della l. n. 251 del 2005, nella parte in cui, sostituendo l'art. 99 c.p., ha limitato la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendo così che gli aumenti di pena per essa previsti possano applicarsi a chi commetta una contravvenzione, ha ribadito l'impossibilità di un intervento che si tradurrebbe in una pronuncia additiva *in malam partem*, comportando l'estensione dell'ambito applicativo di un istituto, la recidiva, che implica una serie di effetti negativi per il reo, posto che la riserva di legge «demandando in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedisce alla Corte [...] anche di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità».

#### 2.4.5.1. (segue) Il sindacato sulle cc.dd. “norme penali di favore”

Nondimeno, il limite posto dal divieto di pronunce con effetti *in malam partem* registra una singolare eccezione nell'ipotesi in cui oggetto di sindacato siano cc.dd. “norme penali di favore”, ossia «le norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni» (nella definizione generale offerta dalla **sentenza n. 394 del 2006**): tali norme - irragionevolmente discriminatorie *in melius* - possono essere censurate, per contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. (*infra*, § 5.1), facendo rivivere, dunque, l'eventuale disciplina più generale, applicabile nel giudizio *a quo* ancorché più sfavorevole.

Secondo un orientamento prevalente in passato (espresso, ad esempio, nelle **sentenze n. 91 del 1979, n. 122 del 1977, n. 85 del 1976 e n. 25 del 1975**), la Corte considerava l'impugnativa di tali norme inammissibile, per difetto di rilevanza, considerato che, in base al disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., e dell'art. 2 c.p., il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare alla fattispecie concreta la disposizione impugnata, pena la violazione del principio di irretroattività delle norme incriminatrici (che sarebbe conseguita all'applicazione della disposizione più sfavorevole previgente che riprende vigore in seguito alla declaratoria di illegittimità della norma di favore).

L'indirizzo iniziale ha subito un chiaro mutamento con la **sentenza n. 148 del 1983**, dove la Corte – pur ribadito che «nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale la norma penale abbia escluso l'antigiuridicità, potrebbe venir condannato [...] per il solo effetto di una sentenza [...] che dichiarasse illegittima la norma stessa» – ha ammesso la possibilità di poter sindacare tali peculiari norme penali, a fronte dell'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile». Nella nota pronuncia, del resto, si è altresì puntualizzato che non è esatto affermare la irrilevanza nel giudizio *a quo* di una decisione avente ad oggetto norme di favore, sia perché «l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze», sia perché la decisione della Corte «non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi*» (senza contare che il vaglio sulla norma di favore potrebbe comunque condurre alla possibilità di una “sentenza interpretativa di rigetto” o di “una pronuncia comunque

correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione").

Sulla traccia aperta dalla **sentenza n. 148 del 1983**, e seguita già da altre decisioni (**sentenze n. 167 e 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988**), anche in rapporto a questioni di costituzionalità dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (**sentenza n. 25 del 1994**; e si vedano, altresì, le **ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1988**), la possibilità di sindacare le norme di favore è stata riaffermata dalla recente **sentenza n. 394 del 2006**, che ha dichiarato l'illegittimità di talune norme penali in materia di falsità elettorali (l'art. 1, della l. n. 61 del 2004, nella parte in cui ha sostituito il terzo comma dell'art. 90 del d.p.r. n. 570 del 1969, e il terzo comma dell'art. 100, del d.p.r. n. 361 del 1957), che avevano introdotto una disciplina penale *speciale*, e significativamente *attenuata* rispetto alle comuni fattispecie codicistiche in materia di falsità documentali (previste dai Capi III e IV del Titolo II del Libro II del codice penale), nell'ipotesi in cui la falsità avesse ad oggetto "l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati" ovvero consistesse nella falsa formazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

Nella decisione, si è anzitutto ribadito che il peculiare sindacato sulle norme penali di favore, nonostante gli effetti *in malam partem* che ne conseguono, non appare in contrasto con il principio di riserva di legge: infatti «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablativo di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo: e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico attraverso cui tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale e meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Quanto alla nozione di norme penali di favore, la **sentenza n. 394 del 2006** ha avuto inoltre modo di puntualizzare che sono tali quelle disposizioni che «“sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», che sia compresente nell'ordinamento, «rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva». Più in particolare – anche sulla base dell'orientamento precedente – la Corte ha ribadito come «occorra distinguere fra le previsioni che “delimitano”

l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece "sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», precisando che «solo a queste ultime si attaglia in effetti – ove l'anzidetta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato – la qualificazione di norme penali di favore [...]» (mentre le prime sarebbero espressive di «una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena», idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale), e come tale insindacabile dalla Corte: così, infatti, la **sentenza n. 161 del 2004**, con riferimento alle strategie - giudicate appunto "delimitative" – affermate con la riforma delle fattispecie di false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622 c.c.).

Per quanto concerne, infine, i profili di ordine processuale, la Corte non ritiene ostativi all'accoglimento della impugnativa concernente norme di favore né il principio di irretroattività né il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

In merito al primo, che verrebbe in rilievo ove il fatto oggetto di giudizio sia stato commesso "sotto l'impero della norma di favore", la Corte osserva che – «ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva reato meno grave» - anche in tali casi le pronunce in esame «potrebbero comunque influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale», sotto un triplice profilo (peraltro già tratteggiato, come si è visto, nella **sentenza n. 148 del 1983**): in primo luogo, potendo incidere sulle formule di proscioglimento, o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali (i quali dovrebbero imperniarsi sul primo comma dell'art. 2 c.p. anziché sulla disposizione annullata); in secondo luogo, «perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema, e lo stabilire in qual modo il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è problema che i singoli giudici debbono affrontare caso per caso»; in terzo luogo e da ultimo, «perché non può escludersi che il giudizio della Corte sulla norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fonda l'ordinanza di remissione: donde una serie di decisioni suscettibili di influire sull'esito del giudizio pendente» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Quanto poi ai fatti commessi nella vigenza della originaria fattispecie più grave, alla riespansione di quest'ultima, conseguente alla declaratoria di illegittimità della norma di favore, non pone ostacolo neppure il principio dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole, il quale – trovando fondamento e limiti nel principio di eguaglianza – da un lato «è suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli», dall'altro «è destinato a trovare applicazione in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», come appunto è da escludersi nel caso delle norme in esame (**sentenza n. 394 del 2006**).

### 3. IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

#### 3.1. L'evoluzione interpretativa sull'art. 27, comma 1, Cost., e il principio della responsabilità personale e colpevole

Il principio fissato dall'art. 27, comma 1, Cost. – ove si stabilisce che “la responsabilità penale è personale” – ha subito, come noto, una profondissima evoluzione nei tracciati della giurisprudenza costituzionale.

Dopo una fase iniziale in cui la disposizione è stata interpretata nella sua accezione minimale, ricavandone un mero “divieto di responsabilità per fatto altrui” (sin dalla **sentenza n. 3 del 1956**, in materia di responsabilità penale dei direttori di periodico; ma così anche, ad esempio, le **sentenze n. 107 del 1957** e **n. 22 del 1973**, **n. 209 del 1983**, tutte in materia di *error aetatis*), la Corte ha progressivamente amplificato tutte le potenzialità dell'istanza personalistica accogliendo definitivamente il *principio di colpevolezza*, a partire dalla **decisione n. 364 del 1988**: nelle pieghe argomentative di quella “fondamentale” pronuncia, argomentando soprattutto alla luce della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) – che sarebbe frustrata in radice dall'irrogazione di una sanzione avulsa dalla rimproverabilità soggettiva del fatto addebitato – si è specificato che “per fatto proprio” non deve intendersi «il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale [...] ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, il quale deve investire – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie tipica».

La **sentenza n. 364 del 1988** sull'art. 5 c.p., che per la sua importanza merita di essere richiamata in sintesi, ha preso le mosse da una ricostruzione di matrice contrattualistica dei doveri costituzionali dello Stato attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali, e dei corrispondenti doveri informativi del cittadino: in particolare, a fronte dell'obbligo statale (implicato dagli artt. 73, comma 3, e 25, comma 2, Cost.) di introdurre fattispecie penali «non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali di civiltà”, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare» (c.d. “principio di riconoscibilità”), si è contrapposto l'obbligo dei cittadini di adempiere a «strumentali, specifici doveri di conoscenza», che però trovano il proprio limite nell'inadempimento dei correlativi obblighi statali, cosicché nell'ipotesi di ignoranza (o di errore) inevitabile sulla legge penale non è possibile affermare la responsabilità penale del soggetto. Del resto, afferma la Corte «far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola

retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati (...)).».

Ancora più esplicita la **sentenza n. 1085 del 1988**, di poco successiva, secondo la quale «perché l'art. 27, primo comma, Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano cioè investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

Questo impianto argomentativo, e gli approdi a cui è giunto, è stato ribadito anche di recente, riconoscendo il principio di colpevolezza come *principio di garanzia fondamentale* ed *inderogabile*, come tale insuscettibile di essere sacrificato dal legislatore ordinario in nome della tutela penale di eventuali controinteressi, ancorché di rango costituzionale: insieme ai principi di legalità e di irretroattività della legge penale – si è affermato nella **sentenza n. 322 del 2007** - il principio di colpevolezza «mira (...) a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; “calcolabilità” che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo “fondante” rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.): non avrebbe senso, infatti, “rieducare” chi non ha bisogno di essere “rieducato”, non versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso. D'altronde, la finalità rieducativa della pena non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla “rimproverabilità” dell'autore. Punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale “negativa”) o di “neutralizzare” il reo (prevenzione speciale “negativa”), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.».

Da questa prospettiva, il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale italiana, se culmina in accenti che sembrano richiamare quello seguito – ad esempio - dal *Bundesverfassungsgericht* (che riconosce lo *Schuldprinzip* come rifrazione del principio della “dignità umana”: di recente, tra le tante, BVerfG, 2BvE 2/08, 30 giugno 2009, il c.d. “*Lissabon-Urteil*”), non sembra così distante – specie nell'impianto della sentenza n. 364 del 1988 - neppure da quello recentemente seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale - pur nel silenzio della Convenzione EDU sul punto - ha comunque proposto argomentazioni che – dopo aver coltivato per diverso tempo le indicazioni ricavabili dalla “presunzione di innocenza” (art. 6 CEDU) – lo hanno finalmente riconosciuto come conseguenza implicita del principio di legalità (art. 7 CEDU).

In particolare, nella sentenza C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a.*, la Corte ha per la prima volta affermato che – nonostante l'art. 7 CEDU non menzioni espressamente il legame psicologico tra l'elemento materiale dell'infrazione e la persona che è considerata come autore – «la logica della pena e della punizione così come la nozione di “*guilty*” (nella

versione inglese) e la nozione di “*personne coupable*” (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un *legame di natura intellettuale* (coscienza e volontà) che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale dell’infrazione. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. D’altronde, sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d’altra parte, permettere che si consideri una persona come “colpevole” e “punirla” ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima» (§§ 116-117).

### **3.2. Il collegamento psichico tra agente e “nucleo significativo della fattispecie” e la sua necessaria rimproverabilità**

Costituisce assunto consolidato, dunque, che il principio di colpevolezza – nell’accezione “estensiva” fatta ormai propria dalla Corte Costituzionale - esige che ogni elemento significativo del fatto di reato sia addebitato all’autore a titolo di dolo, o, quanto meno, a titolo di colpa; e che oltre al collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto (o tra soggetto ed elemento significativo della fattispecie), risulta altresì necessaria la *rimproverabilità* dello stesso soggettivo collegamento.

Alla “regola della rimproverabilità” si sottrarrebbero «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l’area del divieto, condizionano, appunto, quest’ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi)» (**sentenza n. 1085 del 1988**).

In sostanza, alla luce di queste precisazioni, «il principio di personalità della responsabilità penale potrebbe dirsi rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l’agente e il “nucleo significativo o fondante della fattispecie”, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione della pena, che ne consegue» (**sentenza n. 322 del 2007**).

Queste fondamentali acquisizioni hanno trovato peraltro spazio in diverse decisioni di accoglimento, che hanno dunque consacrato la efficacia *dimostrativa* del principio in questione, e dunque la sua concreta giustiziabilità (*retro*, § 1.1).

Da un lato la già citata **sentenza n. 364 del 1988**, intervenuta sulla disposizione del codice penale (art. 5 c.p.) concernente il principio dell’irrelevanza dell’ignoranza o errore sulla legge penale (*ignorantia legis non excusat*), dichiarandone l’illegittimità «nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile» (decisione poi “replicata” con la **sentenza n. 61 del 1995**, con riferimento alla disposizione del codice penale militare di pace – l’art. 39 - in tema di inescusabilità dell’ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare); dall’altro, rispetto alle componenti di tipo volitivo della fattispecie, con la **sentenza n. 1085 del 1988** è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale del delitto di c.d. “furto d’uso” (art. 626, comma 1, c.p.), nella parte in cui non contempla l’ipotesi in cui la mancata restituzione della cosa sia dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, non essendo tale ipotesi addebitabile al soggetto per carenza di ogni profilo di rimproverabilità soggettiva (mentre si è escluso – con riguardo alla omologa figura criminosa

prevista dal codice penale militare – art. 233, comma 1, numero 1 – che il principio di colpevolezza imponesse di riconoscere rilievo, a vantaggio del reo, anche alla diversa ipotesi in cui la mancata restituzione fosse dovuta a colpa, anziché a dolo, dell'agente stesso: **sentenza n. 179 del 1991**).

### 3.3. Il principio di colpevolezza come criterio interpretativo

I principi affermati nelle sentenze del 1988 – nell'imporre con chiarezza il *canone della responsabilità per fatto proprio e colpevole* - hanno avuto un significato di grande spessore assiologico e di orientamento culturale, ma anche un notevole potenziale critico, specie al cospetto di un codice penale, quale quello italiano, che presenta diverse ipotesi costruite – in modo più o meno palese – su criteri di responsabilità oggettiva, variamente dislocate negli istituti di “parte generale” come in singole norme di “parte speciale”.

Così, il principio *nullum crimen sine culpa* ha trovato un seguito sempre maggiore sia in talune riforme legislative (basti pensare al regime delle circostanze aggravanti nella fattispecie monosoggettiva e nella disciplina del concorso di persone, rispettivamente artt. 59 e 118 c.p., come modificati dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19), sia nella ricostruzione ermeneutica di singoli istituti ad opera dei giudici ordinari, a volte consolidando o rigorizzando indirizzi interpretativi già chiariti dalla Corte anche prima del 1988.

In effetti, lo sforzo di correzione interpretativa delle ipotesi di responsabilità per fatto altrui o delle ipotesi di responsabilità oggettiva (“pura” o “mista”, “palese” o “occulta”, etc.), specie mediante il richiamo più o meno esplicito all'esigenza di un nesso psicologico consistente nella prevedibilità o rappresentabilità dell'evento non direttamente voluto, ha toccato – con maggior o minor successo - diversi istituti (basti pensare alla **sentenza n. 42 del 1965**, sull'art. 116 c.p., dove la Corte – ai fini dell'imputazione della responsabilità per il reato diverso e più grave al concorrente ignaro - ha indicato come necessario l'accertamento non solo di un nesso di causalità materiale «ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso e più grave commesso dal concorrente – per potergli essere attribuito - debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermando in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza»; ma su quella scia analoghe pronunce dei giudici ordinari hanno interessato l'*aberratio delicti*, i delitti aggravati dall'evento, l'omicidio preterintenzionale, etc.): ed anche nelle decisioni più recenti, d'altronde, si è chiarito espressamente come il principio di colpevolezza rappresenti non solo un *vincolo per il legislatore* nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici, ma anche un indispensabile *canone ermeneutico per il giudice* (non diversamente – come si vedrà – per quanto si afferma con riferimento al principio di offensività: *infra*, § 4.4.).

Su questa linea, in particolare, si colloca la **sentenza n. 322 del 2007**, sull'art. 609-*sexies* c.p. che sancisce – come l'abrogato art. 539 c.p. – l'irrelevanza dell'errore sull'età della vittima infraquattordicenne nei delitti contro la libertà sessuale (c.d. “*error aetatis*”): la Corte, pur rilevando un “indubbio” contrasto della disciplina con il principio di colpevolezza - e

dunque prendendo le distanze da precedenti decisioni (**sentenze n. 107 del 1957; n. 22 del 1962; n. 19 del 1971 e n. 209 del 1983**) - ha dichiarato la questione inammissibile (ravvisando una incongruenza tra premesse argomentative e *petitum*), ma ha nondimeno indicato la via di una interpretazione adeguatrice, precisando come anche nella norma in esame debba essere pur sempre accertato – da parte del giudice – il nucleo minimo della rimproverabilità del fatto al suo autore («incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto, come nei casi esaminati dalle **sentenze n. 364 del 1988 e n. 61 del 1995**, ovvero sugli elementi del fatto stesso, come nell’ipotesi di specie»), a pena di dover riconoscere la rilevanza scusante dell’errore *inevitabile* sull’età (ai sensi dell’art. 5 c.p.).

A margine dell’evoluzione che ha visto consolidare in materia penale il principio della responsabilità personale e colpevole, va peraltro ricordato come la Corte – anticipando un percorso argomentativo che appare in linea con recenti approdi della giurisprudenza della Corte EDU – ha esteso il principio di personalità della responsabilità a tutte le sanzioni caratterizzate da un significativo contenuto di afflittività, pur riconoscendogli spazio nel contesto di una più generale valutazione di ragionevolezza della scelta legislativa.

Così, in particolare, la **sentenza n. 27 del 2005**, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 126-*bis* del Codice della strada (d. lgs. n. 285 del 1992, come successivamente modificato), nella parte in cui prevedeva che, nel caso di mancata individuazione del conducente responsabile della violazione, la “decurtazione dei punti della patente” dovesse essere effettuata a carico del *proprietario* del veicolo.

Nella decisione, in particolare, si è messo in evidenza come la sanzione – nonostante l’indubbio contenuto afflittivo (dati i riflessi sulla “legittimazione alla conduzione di ogni veicolo”) – risultasse assolutamente “*sui generis*” (non essendo riconducibile ad alcun contegno direttamente posto in essere dal proprietario del veicolo in relazione alla violazione delle norme concernenti la circolazione stradale), e seguisse – in particolare - uno schema di imputazione ammissibile sì per sanzioni aventi il carattere della (mera) patrimonialità, ma inaccettabile al cospetto di una conseguenza a “carattere schiettamente personale” (ed infatti la decisione, coerentemente con la differenziazione tipologica tra i vari tipi di sanzioni e il diverso grado di personalizzazione e afflittività - ha tuttavia “salvato” la previsione della sanzione *pecuniaria* contemplata dall’art. 126-*bis*, da infliggersi al proprietario del veicolo in caso di omessa comunicazione nei termini dei dati identificativi del trasgressore).

Il difetto di legittimità è stato dunque affermato senza distaccarsi dal consolidato orientamento volto a negare copertura costituzionale al principio stabilito dall’art. 3 della l. n. 689 del 1981, e senza dunque condividere il «pur denunciato contrasto tra la norma censurata e il principio costituzionale fissato dall’art. 27 della Costituzione» (si veda, ad esempio, l’**ordinanza n. 159 del 1994**, ove la Corte – chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale per asserito contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., di alcune disposizioni della legge Regione Sicilia n. 127 del 1980, a norma delle quali, “per l’esercizio non autorizzato dell’attività di escavazione” si prevedeva una sanzione fissa e non graduabile in relazione al grado di colpa – si è pronunciata per la manifesta infondatezza della questione sollevata, affermando categoricamente come il principio di personalità della pena non avesse «alcuna attinenza con le sanzioni amministrative concernendo esclusivamente quelle penali», posto che «l’autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale» portava

ad escludere «quella omogeneità di situazioni *ex art. 27 Cost.* che il giudice *a quo* pone a fondamento della relativa questione»); la Corte ha infatti sottolineato che è «proprio la peculiare natura della sanzione prevista dall'art. 126-*bis*, al pari della sospensione della patente incidente anch'essa sulla “legittimazione soggettiva alla conduzione di ogni veicolo”, che fa emergere l'irragionevolezza della scelta legislativa di porre la stessa a carico del proprietario del veicolo che non sia anche il responsabile dell'infrazione stradale».

#### 4. I PRINCIPI DI MATERIALITÀ E OFFENSIVITÀ

Sul fronte del controllo contenutistico sull'opzione penale, come si è accennato, la Corte – nel rispetto dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953 - ha costantemente riconosciuto, in linea di principio, ampio spazio all'apprezzamento del legislatore, sia con riferimento alla scelta dei beni/interessi/valori dedotti come oggetto di tutela penale ed alla struttura stessa delle fattispecie incriminatrici, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie, assumendo che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere o meno alla sanzione criminale «attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche, e pertanto non controllabili in questa sede» (**sentenza n. 409 del 1989**).

Si è a più riprese precisato, così, che «rientra nella discrezionalità del legislatore sia l'individuazione delle condotte punibili, sia la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, discrezionalità che può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di costituzionalità, soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto o arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza» (**ordinanza n. 262 del 2005**; tra le tante, **sentenze n. 447 del 1998** e **n. 250 del 2010**; la stessa discrezionalità, del resto, è riconosciuta quando si tratta di “depenalizzare fatti già configurati come reato”, salvo sempre il limite della ragionevolezza: **sentenza n. 273 del 2010**; **ordinanze n. 212 del 2004**; **n. 144 del 2001**; altresì, **sentenza n. 52 del 1996**; ed essa si estende, quanto al comparto sanzionatorio, anche alla scelta della tipologia e della entità delle sanzioni accessorie: **sentenza n. 345 del 2006**, in tema di confisca obbligatoria del ciclomotore utilizzato per commettere taluni reati).

In questa cornice, che appare riconoscere spazi valutativi alla Corte solo ove le opzioni in ordine alla selezione delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) risultino “manifestamente irragionevoli”, non mancano in realtà strumenti di più peculiare controllo critico, garantiti, in particolare, dai *principi di materialità e di offensività* del reato: tali principi fissano infatti precipui limiti contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie, in una direzione che – convergendo con le istanze di *sussidiarietà* e di *extrema ratio* - reclama l'utilizzo della pena solo in relazione a comportamenti esteriori (a “fatti” e non a “modi di essere” della persona, secondo quanto imposto dall'art. 25, comma 2, Cost.) connotati da un disvalore particolarmente significativo (o persino lesivi di “interessi di rilievo costituzionale”), tale da giustificare l'esigenza di risocializzazione dell'autore mediante la massima sanzione (art. 27, comma 3, Cost.), consistente nel sacrificio – attuale o potenziale – della libertà personale (art. 13 Cost.), e comunque nella compromissione di diritti fondamentali.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte dimostra, peraltro, che i principi di materialità ed offensività – quando assurgono a parametri di legittimità costituzionale – sono a volte considerati in una dimensione autonoma, ma che gli stessi entrano spesso anche nei paradigmi argomentativi del giudizio di ragionevolezza sulla scelta legislativa.

#### 4.1. Il principio di offensività come criterio di controllo sui contenuti (e/o gli oggetti di tutela) delle fattispecie penali

Non diversamente da quanto si è detto con riferimento al principio di colpevolezza (*retro*, § 3.3), il principio di offensività, è costantemente affermato, peraltro, in una duplice veste: non solo come *canone di controllo delle scelte di politica criminale*, ma anche come *criterio ermeneutico* indirizzato al giudice (*infra*, § 4.4), posto che “una lettura sistematica” dell’art. 25 Cost., «cui fanno da sfondo (...) l’insieme dei valori connessi alla dignità umana, postula, infatti, un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell’astratta predisposizione normativa a quello dell’applicazione concreta da parte del giudice» (**sentenza n. 263 del 2000**).

Sotto il primo profilo, la Corte in più occasioni – come accennato - ha sottolineato, da un lato, come l’utilizzo della sanzione penale sia giustificato solo dalla necessità di tutelare «valori almeno di rilievo costituzionale» (**sentenza. 364 del 1988**), e la analoga necessità che «il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società»; sottolineando che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante» (**sentenza n. 409 del 1989**), e puntualizzando ancora che «il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi (...) a ridurre la quantità di norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (*ultima ratio*) di pochi beni, significativi od almeno <importanti>, per l’ordinato vivere sociale» (**sentenza n. 487 del 1989**).

Peraltro, focalizzando maggiormente il profilo della sussidiarietà, l’idea che la pena debba costituire l’*extrema ratio* è stata ulteriormente specificata chiarendo che la stessa è mezzo «da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali» (**sentenza n. 317 del 1996**; analogamente, **sentenza n. 447 del 1998**; ma sul punto, si veda *infra*, § 4.1.1.).

Quanto, poi, al vaglio sulla necessaria attitudine lesiva dei comportamenti incriminati rispetto a beni “meritevoli di tutela”, il canone di offensività è stato costantemente affermato come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa «che spetta indubbiamente alla Corte di rilevare» (**sentenze n. 360 del 1995**; **n. 263 del 2000**; **n. 354 del 2002**).

Solo in casi sporadici, tuttavia, tali importanti affermazioni di principio si sono tradotte in un vaglio concreto sulla consistenza e sulla “quotazione” del bene/interesse/valore dedotto come oggetto di tutela nella norma penale, conducendo ad una decisione di accoglimento, che peraltro è giunta sempre sulla base di un percorso argomentativo che ha inquadrato le valutazioni in termini di offensività nel paradigma della ragionevolezza (e/o della irragionevolezza rispetto ai valori o agli scopi): un esempio si ha con la **sentenza n. 189 del 1987**, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata (nel territorio nazionale italiano) di bandiera di stato estero (artt. 1 e 3 della l. n. 1085 del 1929), ritenendo che – una volta superato il clima politico dell’epoca fascista e la sua vocazione nazionalista, emblemizzata nella bandiera nazionale come unico “simbolo”

ostensibile – la scelta della sanzione penale risultasse del tutto irrazionale, perché «attraverso la penalizzazione del fatto in esame, non è tutelato alcun bene giuridico: il fatto stesso manca di qualsiasi oggetto giuridico specifico e della benché minima *ratio incriminandi*».

Un ulteriore esempio può essere visto nella **sentenza n. 519 del 1995**, concernente il reato di mendicizia non invasiva (art. 670 c.p.): fattispecie giudicata illegittima sia per la riconosciuta inidoneità dell'incriminazione a tutelare beni giuridici "apprezzabili" [la «(...) tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico»] sia alla luce del mutato atteggiamento della coscienza sociale nei confronti di comportamenti consistenti in semplici "richieste di solidarietà" [«un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza (...)»].

Anche in recenti pronunce emerge, del resto, la cautela con cui la Corte conduce il proprio sindacato sugli oggetti di tutela, e sulla corrispondente idoneità lesiva delle condotte incriminate.

Così, nella **sentenza n. 250 del 2010**, concernente il c.d. "reato di clandestinità" (l'art. 10-bis del d. lgs. n. 286 del 1998, contravvenzione che sanziona "l'ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato", e dunque l'ingresso clandestino in Italia da parte degli stranieri, o la permanenza irregolare dei c.d. "*overstayers*"), la Corte non solo ha ritenuto infondato l'addebito in punto di materialità<sup>6</sup> - escludendo che il nuovo reato abbia ad oggetto un mero "modo d'essere della persona" -, ma ha altresì negato la (ritenuta) immeritevolezza dell'interesse ravvisato come oggetto di tutela, affermando che «il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'*interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori*, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

La Corte, sul punto, ha ulteriormente precisato che «L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo

---

<sup>6</sup> La Corte ha appunto ribadito che «oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative "fare ingresso" e "trattenersi" nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1 della l. n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)»: **sentenza n. 250 del 2010, § 6.2.**

svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. E' incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio [...]» [sentenza n. 250 del 2010, § 6.3].

#### ***4.1.1. (segue) Il principio di proporzionalità e il principio di sussidiarietà: il margine di valutazione sull'idoneità/adequazione della sanzione penale e sulla scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa***

Se il controllo sulla quotazione (e "meritevolezza di tutela") dei beni giuridici oggetto di protezione penale appare in generale molto limitato, e circoscritto ai profili accennati, le valutazioni in ordine all'adequazione (o idoneità) della scelta legislativa rispetto agli scopi ed alla scelta in ordine allo strumento sanzionatorio più efficace – nell'alternativa tra *sanzione penale e sanzione amministrativa* – muovono in un ambito dove la Corte ritiene di non poter condurre alcun apprezzamento.

Anche relativamente a questi profili non mancano, per vero, importanti affermazioni di principio, sia in ordine al principio di proporzionalità, sia in ordine al principio di sussidiarietà, ma gli stessi sono per lo più riconosciuti o richiamati come meri "criteri informativi" o "direttive di politica criminale" (secondo «programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare»: **sentenza n. 487 del 1989**).

Quanto al primo, in talune decisioni è affiorata la considerazione del *principio di proporzionalità*, «inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale bensì, anche e soprattutto, quale < criterio generale > di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire» (**sentenza n. 487 del 1989**): un principio che si assume valido per l'intero diritto pubblico, a termini del quale la scelta dei mezzi e strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini, «va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori», e che - con peculiare riferimento al campo del diritto penale – equivarrebbe «a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni o valori offesi dalle predette incriminazioni» (si veda la **sentenza n. 409 del 1989**, che rigetta, sul punto, la doglianza, ravvisando l'adequazione della scelta legislativa in merito alla sanzione detentiva, e l'indisponibilità di altri idonei strumenti extrapenalici).

Quanto al secondo, la Corte – come accennato - ha valorizzato con maggiore insistenza e continuità l'istanza di sussidiarietà: così, si è sottolineato che «l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza o l'adequazione di altri mezzi di tutela» (**sentenza n. 447 del 1998**); come

pure si è affermato, persino con più decisione, che il diritto penale – appunto in quanto *extrema ratio* - costituisce «il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato» (**sentenza n. 189 del 1987**).

In ogni caso, se si eccettuano rare eccezioni (ad esempio, la già segnalata **sentenza n. 409 del 1989**), la Corte ha espressamente chiarito – anche di recente - di non poter esprimere valutazioni circa l'adeguatezza o idoneità della sanzione penale e la rispondenza agli scopi di tutela del legislatore: così, nella **sentenza n. 22 del 2007**, si è affermato che: «Non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza».

Analogamente, nella **sentenza n. 250 del 2010**, oltre a ribadirsi lo stretto margine di valutazione in ordine all'oggetto di tutela, si è ribadito come la stessa scelta circa lo strumento sanzionatorio più idoneo sia tendenzialmente rimessa alla discrezionalità legislativa, cosicché – escluso che la norma in esame mirasse a sanzionare una mera presunzione di pericolosità dello straniero irregolare (sul punto, *infra*, § 4.3.) - si è ritenuta non sindacabile, nel caso di specie, la scelta di tutelare penalmente la violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno (presidio della regolarità dei flussi migratori ed interesse strumentale a beni giuridici “finali” avvalorati – sottolinea la decisione – da un sicuro aggancio costituzionale): ciò, appunto, in base alla considerazione generale per la quale la scelta di strutturare la relativa violazione come illecito penale, e non più come mera infrazione amministrativa «rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo la qualità ed il livello dell'intervento repressivo in materia» (**sentenza n. 250 del 2010**).

Merita segnalare poi la **sentenza n. 273 del 2010**, in tema di sindacato sulle scelte di depenalizzazione compiute dal legislatore, con cui sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 1999, come modificato dal d.lgs. n. 258 del 2000, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui sanziona come mero illecito amministrativo le condotte - in precedenza penalmente rilevanti - di derivazione o di utilizzazione di acqua pubblica in assenza di provvedimento di autorizzazione o concessione dell'autorità competente. Nell'occasione, la Corte ha ricordato, ancora una volta, che «il potere di configurare le ipotesi criminose, determinando la pena per ciascuna di esse, e di depenalizzare fatti dianzi configurati come reati [...] rientra nella discrezionalità legislativa censurabile, in sede di sindacato di costituzionalità, solo nel caso in cui sia esercitata in modo manifestamente irragionevole» (richiamandosi alla **sentenza n. 364 del 2004**, ed, *ex plurimis*, alla meno recente **sentenza n. 313 del 1995**; ed alle **ordinanze n. 58 del 1999**; **n. 144 del 2001**; **n. 110 del 2003**) e che «La sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri [...]. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative. Ed è anzi rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, purché non manifestamente irragionevole, valutare quando e in

quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce *extrema ratio*, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali».

#### **4.2. Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di (anticipazione della) tutela: i reati di pericolo presunto e il limite della “manifesta irrazionalità”**

Anche con riferimento ai profili strutturali della fattispecie penale, come si accennava, la Corte ha fundamentalmente riservato alla discrezionalità del legislatore il *livello* e il *modulo* di anticipazione della tutela, rinunciando, in sostanza, a sindacare le stesse scelte tecniche di costruzione dell'illecito penale secondo lo schema del reato di danno ovvero di pericolo, ovvero secondo una particolare forma di tipizzazione del pericolo (salva sempre la possibilità, come si vedrà, di “correggerle” in via ermeneutica, attraverso l'inserimento di un requisito di pericolosità concreta o attraverso una lettura interpretativa di singoli elementi del tipo in chiave di particolare “pregnanza”).

In questa cornice, anche le anticipazioni di tutela declinate su precipue presunzioni di pericolosità (reati di pericolo astratto o presunto) non risultano di per sé sindacabili, almeno fin quando tale scelta non appaia manifestamente “irrazionale o arbitraria”, contrastando con l'*id quod plerumque accidit* (in questo senso, si vedano ad esempio le **sentenze n. 1 del 1971; n. 71 del 1978; n. 139 del 1982; n. 126 del 1983; n. 62 del 1986; n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995**).

Così, solo a titolo di esempio, nella **sentenza n. 333 del 1991**, in materia di stupefacenti, la Corte, dopo aver espressamente affermato che «le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale», ha puntualizzato che «è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali o arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*».

Quanto ai criteri secondo i quali può essere condotto il sindacato sulle presunzioni di pericolosità delle condotte sottoposte a pena, e sulla “base empirica” che fonda il giudizio presuntivo del legislatore, può ricordarsi che la Corte ha precisato – con puntualizzazioni di valenza più generale, ed in decisioni concernenti diversi settori - che l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (così, relativamente all'affermata irragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare per taluni reati, le **sentenze n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011**).

#### **4.3. Offensività e illegittimità delle tipologie punitive (o aggravatrici)**

## **esclusivamente fondate su condizioni o qualità personali (“reati d’autore”)**

Nel quadro delineato, il settore dove il principio di offensività ha manifestato in modo più perentorio le proprie potenzialità critiche – giungendo a fondare decisioni di accoglimento ed affermandosi dunque come “norma invalidante” - è stato senza dubbio quello delle norme penali costruite su modelli fondamentalmente (o esclusivamente) soggettivistici, o su veri e propri “tipi d’autore”.

In questa peculiare prospettiva, il principio in esame è stato affermato come canone che vieta di costruire norme penali su presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate solo su condizioni o qualità soggettive: queste vengono censurate dalla Corte sia ove siano poste a base di fattispecie penali, sia ove esse fondino semplici aggravamenti del trattamento sanzionatorio.

Un chiaro esempio del primo caso può essere ravvisato già nella **decisione n. 354 del 2002**, con la quale la Corte ebbe a dichiarare costituzionalmente illegittima la contravvenzione di cui all’art. 688, comma 2, c.p., a norma del quale – dopo la depenalizzazione della fattispecie di cui al primo comma ad opera dell’art. 54 del d.lgs. n. 507 del 1999 – la rilevanza penale dello stato di ubriachezza veniva a dipendere esclusivamente dall’aver “riportato condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità pubblica”. Pur utilizzando come modulo argomentativo il paradigma della ragionevolezza, il vero fulcro di quella decisione appariva già centrato sul principio di offensività, principio ritenuto incompatibile con una fattispecie dove tutto il carico di lesività risultava ormai incentrato su condizioni e qualità individuali e, in particolare, sul vissuto giudiziario dell’autore: se un simile modello rimandava ormai – nelle parole della Corte - ad “una sorta di reato d’autore”, tale schema punitivo si poneva «in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte».<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Così la **sentenza n. 354 del 2002**, di cui si riportano i passaggi decisivi: «Oltre ad aver trasformato una semplice circostanza aggravante in elemento costitutivo del reato, ciò che comporta, nel caso dell’ubriachezza, la rilevata incongruenza, la disposizione censurata è affetta dagli ulteriori vizi, anch’essi denunciati dal remittente, derivanti dalla violazione dei principi costituzionali di legalità della pena e di orientamento della pena stessa all’emenda del condannato, ai quali, in base agli articoli 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., deve attenersi la legislazione penale. L’aver riportato una precedente condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità individuale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto reato, rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale. Divenuta elemento costitutivo del reato di ubriachezza, la precedente condanna assume le fattezze di un marchio, che nulla il condannato potrebbe fare per cancellare e che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe illecito penale. Il fatto poi che il precedente penale che qui viene in rilievo sia privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza rende chiaro che la norma incriminatrice, al di là dell’intento del legislatore, finisce col punire non tanto l’ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrere nella contravvenzione di cui all’art. 688 del codice penale. Una contravvenzione che assumerebbe, quindi, i tratti di una sorta di reato d’autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite posto sotto il presidio di questa Corte (...). Tale limite, desumibile dall’art. 25, secondo comma, Cost., nel suo legame sistematico con l’insieme di valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità di soggetti non costituiscono illecito penale».

Peraltro, seguendo una prospettiva sostanzialmente non dissimile, la Corte aveva già censurato l’art. 708 c.p. (*Possesso ingiustificato di valori*), ritenendo che la suddetta norma sancisse una «discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio».

Sviluppando e potenziando questo orientamento, la recente **decisione n. 249 del 2010**, ha riconosciuto piena ed autonoma capacità dimostrativa al principio di offensività, affrontando l'ipotesi in cui la presunzione di pericolosità, (irragionevolmente) fondata su un semplice *status*, sia posta a base non di una incriminazione autonoma, bensì di un aggravamento di pena, come nel caso di specie, concernente l'art. 61, n. 11, c.p., che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale».

In particolare, l'aggravante c.d. “della clandestinità”, introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. f), del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), convertito con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125, è stata riconosciuta in contrasto sia con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sia con il principio di offensività (ricodotto all'art. 25, comma 2, Cost.), ritenuti incompatibili con una «presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere»; ciò perché «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti “del tutto estranei al fatto-reato», poiché una simile “responsabilità penale d'autore” si pone – lo si ribadisce appunto sulla traccia della **decisione n. 354 del 2002** – «in aperta violazione del principio di offensività».

Nella **sentenza n. 250 del 2010**, il principio di offensività ha visto dunque ribadito il suo ruolo di argine invalicabile con cui devono confrontarsi le modellistiche del “soggettivismo penale”: ogni giudizio di pericolosità soggettivo, infatti, può essere legittimo solo se «frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle circostanze concrete ed alle personali caratteristiche soggettive», dovendo superare (non un semplice accertamento di non manifesta irragionevolezza, bensì) “un vaglio positivo di ragionevolezza”, tanto più quando la differenziazione punitiva risulta centrata su “condizioni personali e sociali”, ossia su uno dei (sette) parametri «esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline» (**sentenza n. 249 del 2010**, con espresso richiamo ai precedenti offerti dalle **decisioni n. 354 del 2002 e n. 370 del 1996**). E ciò, perché «comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini» (**sentenza n. 249 del 2010**).

Nella specie, la Corte ha dunque ravvisato un contrasto tra la «presunzione generale ed

---

senza una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell'incriminazione: **sentenza n. 370 del 1996**.

assoluta di maggior pericolosità dell'immigrato irregolare», già censurata in precedenti decisioni<sup>8</sup> e riconosciuta quale *ratio* sostanziale della norma censurata, e l'art. 25, comma 2, Cost. «che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali»; ritenuto, poi, che tale principio appare senza dubbio valevole «anche in rapporto agli elementi accidentali del reato», la Corte ha concluso che «la previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a considerare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore» (**sentenza n. 249 del 2010, § 9**).

Da questa come dalle precedenti decisioni in termini segnalate si ricava – in definitiva - una chiara indicazione: al cospetto del principio di offensività nessuna scelta o modulazione sanzionatoria può essere giustificata su connotati d'autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva – almeno secondo l'*id quod plerumque accidit* – di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato (**sentenza n. 249 del 2010, § 5**), risultando altresì, in tali casi, tanto più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di eguaglianza.

#### **4.4. Il principio di offensività come “canone interpretativo universalmente accettato”**

Oltre ad averlo valorizzato come canone di politica criminale fondamentalmente indirizzato al legislatore, riconoscendolo come “norma invalidante” pur nei limiti che si sono segnalati, un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte – che ha preso corpo in un crescente numero di decisioni interpretative di rigetto - ne ha altresì sollecitato l'impiego quale *criterio ermeneutico* rivolto al giudice, come tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo: in questa luce, si è più volte riconosciuto il principio in esame come “canone interpretativo universalmente accettato”, tale da imporre al giudice il compito di accertare volta a volta che il comportamento solo astrattamente pericoloso, e dunque apparentemente carente di note di lesività, abbia raggiunto un *minimum* di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio.

Talvolta richiamando espressamente l'art. 49 c.p. – che, a livello codicistico, ha offerto l'appiglio concettuale alla nota *concezione realistica del reato* – la Corte ha affermato che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante» (**sentenza n. 62 del 1986**, in materia di armi ed esplosivi, ove si è

---

<sup>8</sup> Al riguardo, la Corte aveva già avuto modo di dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento penitenziario che precludevano allo straniero irregolare l'accesso a misure alternative alla detenzione, affermando che «il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] non è univocamente sintomatico [...] di una particolare pericolosità sociale» (**sentenza n. 78 del 2007**).

rilevato che: «E' appunto compito del giudice e non del legislatore stabilire se una minima quantità di esplosivo sia, nella concreta fattispecie, inidonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione»).

Questo costrutto argomentativo, sollecitando riletture sostanzialistiche capaci di stemperare la astratta frizione con il principio di necessaria lesività, si è dunque affermato come strumento conservativo le cui potenzialità devono essere sperimentate e valorizzate dal giudice ordinario (a pena di inammissibilità della questione), ed ha trovato riconoscimento ed applicazione nei più disparati settori: dalla materia delle armi ed esplosivi (la già citata **sentenza n. 62 del 1986**, che ha inaugurato l'indirizzo), al settore penale tributario (**ordinanza n. 437 del 1989**), al settore dei reati in materia di stupefacenti (**sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995; n. 296 del 1996**), sino al settore del diritto penale militare, strutturalmente incline a coniugarsi su valori formali o persino eticizzanti (così, la **sentenza n. 24 del 1989**, dove la Corte - dichiarando infondata la questione concernente l'art. 180, comma 1, c.p.m.p. - ha indicato al giudice una chiave interpretativa tale da fissare il margine di rilevanza penale su quelle sole "arbitrarie adunanze militari" connotate da carattere ostile e sedizioso, come tali lesive della disciplina e, al contempo, foriere di «una situazione di concreto pericolo nei confronti dell'efficienza dell'Istituzione in funzione dei fini costituzionali»).

L'impiego ermeneutico del principio di offensività ha trovato applicazione, di recente, anche in un campo di materia - quello dei "reati di sospetto" - da sempre ritenuto ispirato alla modellistica del "diritto penale d'autore": nella **decisione n. 225 del 2008** relativa all'art. 707 c.p., la Corte ha escluso il preteso contrasto con il principio di offensività "in astratto" da un lato negando che la disposizione prefiguri una responsabilità "per il modo d'essere dell'autore"; dall'altro, sottolineando comunque che «sarà, per il resto, compito del giudice ordinario evitare che - a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso - la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità», verificando in particolare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, che dovranno risultare «tanto più significative (...) nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio» «quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso».<sup>9</sup>

Solo per inciso, un tale schema argomentativo risulta ricevuto e penetrato in modo capillare, da molto tempo, nelle decisioni della giurisprudenza ordinaria, di merito e di legittimità: il dato di novità, piuttosto, è la presenza, pur discontinua, di decisioni anche della Cassazione che riconoscono la valenza di guida interpretativa al principio di offensività anche al cospetto di fattispecie declinate su un paradigma formale, come i reati costruiti sul provvedimento autorizzativo sostanzialmente declinati sul pericolo astratto, richiedendo

---

<sup>9</sup> **Sentenza n. 225 del 2008, § 4**, dove la Corte aggiunge: «A tal fine, il giudice dovrà procedere ad un vaglio accurato sia dell'attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o a sforzare serrature; sia delle modalità e delle circostanze di tempo e di luogo con cui gli stessi sono detenuti. In particolare, quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso - come nel caso in cui si discuta di oggetti di uso comune, suscettibili di impieghi diversi e leciti - tanto più significative dovranno risultare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio».

comunque al giudice l'accertamento di una "minima potenzialità di *vulnus*" nella condotta per la configurabilità del reato (ad es., in materia di fattispecie autorizzative, molto frequenti nel "diritto penale complementare", come ad esempio nel diritto penale dei beni culturali o dell'ambiente).

## 5. IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA IN MATERIA PENALE

Pur rientrando tra i “grandi principi costituzionali di carattere generale” (Vassalli), il principio di ragionevolezza ha manifestato precipue declinazioni in materia penale, spesso articolandosi ad altri principi (come quelli di determinatezza e di offensività, o della finalità rieducativa della pena), anche se il suo utilizzo è stato condizionato – oltre che da non infrequenti difetti di formulazione delle ordinanze di remissione, specie nell’indicazione del *tertium comparationis* - da specifici fattori limitativi, e da particolare cautela, sia a fronte dell’elevato coefficiente di politicità caratteristico delle scelte di legislazione criminale (*retro*, § 4.1.), sia, parallelamente, a fronte del particolare argine stabilito - in base all’art. 25, comma 2, Cost. – dal regime di riserva di legge e dal divieto di sentenze additive *in malam partem* (*retro*, § 2.4.5.).

Oltre al tradizionale vaglio sulle incriminazioni direttamente configgenti con il “nucleo forte” dell’art. 3, comma 1, Cost. (*infra*, § 5.1), il controllo di ragionevolezza-eguaglianza ha consentito – in chiave più congeniale alle specificità della materia – di sindacare eventuali asimmetrie punitive tra norme penali, concentrate ora sull’incongruità dell’equiparazione sanzionatoria di fattispecie diverse, ora sulla disparità della scelta sanzionatoria (*lato sensu* intesa) rispetto a fattispecie assimilabili (*infra*, § 5.2).

Questo modulo di giudizio, per lungo tempo limitato ai casi di sperequazione “grave ed evidente”, o comunque tale da scadere nell’arbitrio, è stato poi gradatamente calibrato su asimmetrie meno grossolane, e successivamente declinato sull’intrinseca sproporzione tra misura edittale e disvalore del fatto, specie alla luce della funzione rieducativa della pena, finalmente assunta come direttrice di politica criminale già nella redazione della fattispecie astratta (a partire dalla **sentenza n. 313 del 1990**: *infra*, § 6).

In questo secondo schema, dove il giudizio di ragionevolezza prende le mosse da valutazioni necessariamente concernenti l’interesse protetto e il coefficiente di offensività del tipo (*retro*, § 4.1) per misurare – appunto attraverso la *ratio legis* - la coerenza sistematica, ha preso progressivamente corpo il *principio di proporzione* quale fondamentale canone di controllo sull’equilibrio tra disvalore del fatto incriminato e sanzione astrattamente comminata (*infra*, § 5.3): un principio la cui dignità autonoma appare confermata dall’art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Più in generale, poi, il principio di ragionevolezza ha consentito anche alla Corte di misurare la ammissibilità delle presunzioni legali anche in materia penale, sindacando il loro effettivo radicamento empirico, e di calibrare le deroghe che – non solo per tal via – si prospettano rispetto all’ordinario operare di taluni principi fondamentali (*infra*, § 5.4).

### 5.1. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza e le incriminazioni direttamente contrastanti con il nucleo forte dell’art. 3, comma 1, Cost.

In questa cornice, il giudizio di ragionevolezza sulle norme penali è stato dunque utilizzato

anzitutto secondo il tradizionale paradigma della ragionevolezza-eguaglianza (art. 3 Cost.), consentendo alla Corte di censurare le incriminazioni fondate in termini discriminatori sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche, sulle condizioni personali o sociali, più immediatamente contrastanti con il “nucleo forte” del principio dell’art. 3, comma 1, Cost.: ipotesi tutto sommato rare, tra le quali va segnalata la **sentenza n. 131 del 1979**, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 136 sulla conversione della pena detentiva in pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato, ritenendo che tale meccanismo, alla stregua dell’ordinamento vigente «finisce infatti per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti cioè costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica e reca, perciò, l’impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali la cui illegittimità è apertamente, letteralmente proclamata dall’art. 3 Cost.» (altro esempio di contrasto con il divieto di discriminazioni basate su “condizioni sociali” si è rilevato, inoltre, con la **sentenza n. 119 del 1970**, che ha ritenuto illegittima l’aggravante del danneggiamento – art. 635, comma 2, n. 2, c.p. – se il reato è commesso da lavoratori in occasione di uno sciopero e da datori di lavoro in occasione di serrate, anche a fronte della cessata illiceità dello sciopero; viceversa, nella **sentenza n. 126 del 1968**, che ha riconosciuto l’illegittimità del reato di adulterio previsto all’art. 559 c.p., e nella **n. 147 del 1969**, che ha tratto le medesime conclusioni con riferimento al reato di concubinato, previsto all’art. 560 c.p., la Corte ha utilizzato come parametro non già l’art. 3, comma 1, Cost., bensì il principio di eguaglianza morale e giuridica fra coniugi, imposto dall’art. 29, comma 2, Cost.).

Sulla stessa traccia, ne è discesa la possibilità di sindacare disparità di rilievo penale tra situazioni che – avendo ad oggetto condotte lesive di valori da considerare di pari dignità – risultavano comunque assimilabili, con effetti parimenti discriminatori [così, la **sentenza n. 440 del 1995**, che ha dichiarato la parziale illegittimità della contravvenzione di cui all’art. 724 c.p., primo comma – il reato di “*Bestemmia*”, successivamente depenalizzato ad opera dell’art. 57 della l. n. 507 del 1999 – elidendo il riferimento esclusivo, e come tale discriminatorio, alla sola “religione dello Stato”, «(...) in quanto differenzia la tutela penale a seconda della fede professata»; analogamente, la **sentenza n. 508 del 2000**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, sempre per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost., il reato di “*Vilipendio alla religione dello Stato*”, previsto all’art. 402 c.p., dove la Corte ha rilevato che, in forza di principi fondamentali di eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione e di eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, l’atteggiamento dello Stato – nel rispetto del riconosciuto principio di laicità - non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti di queste ultime; nello stesso senso, anche la **sentenza n. 329 del 1997**, che ha dichiarato illegittimo il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di “*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*” (art. 404 c.p.), giudicandolo irragionevolmente peggiorativo rispetto alla più lieve sanzione prevista per la medesima condotta di vilipendio rivolta contro un “un culto ammesso nello Stato” (art. 406 c.p.)].

In questa dimensione, peraltro, il controllo sulle norme penali centrato sull’istanza di eguaglianza-ragionevolezza ha incontrato i temperamenti ed i limiti consueti a cui tale valutazione generalmente è sottoposta (ad esempio, con riferimento alle diversità di trattamento giuridico di una stessa condotta *ratione temporis*, anche in materia penale si è

affermato che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi del tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»: *ex plurimis*, **sentenza n. 94 del 2009**; **ordinanze n. 212 del 2008**, **n. 170 del 2009**; **n. 61 del 2010**, e, da ultimo, **n. 223 del 2011**), oltre a misurarsi, come si è accennato, con i limiti peculiari discendenti dal divieto di interventi additivi: così, ad esempio, la **sentenza n. 22 del 1986** – esclusa la possibilità di ampliare il dispositivo *in malam partem* – ha parimenti escluso la illegittimità di una norma incriminatrice caratterizzata dalla irragionevole esclusione di taluni soggetti tra i destinatari del precetto, e tuttavia dotata di intrinseca ragionevolezza (ritenendo che una siffatta omissione potesse portare ad una declaratoria di incostituzionalità solo quando la discriminazione fra soggetti assurga a lesione qualificata, e, perciò diretta, dell'art. 3, comma 1, Cost., in quanto distinzione dovuta a ragioni di “sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali”).

Si è già accennato, peraltro, ai limiti che il vaglio di ragionevolezza sulle norme penali discriminatorie incontra qualora il riequilibrio possa avere – per il tramite di una sentenza additiva - effetti *in malam partem* (*retro*, § 2.4.5.), e che la sola eccezione, da questa angolatura, concerne il possibile sindacato sulle cc.dd. “norme penali di favore”, secondo l'indirizzo avanzato dalla **sentenza n. 148 del 1983** e ribadito, di recente, nella **sentenza n. 394 del 2006** (*retro*, § 2.4.5.1.).

## **5.2. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza con riferimento al trattamento sanzionatorio**

Dallo schema ternario tipico della ragionevolezza-eguaglianza, incardinato sull'art. 3, comma 1, Cost., si è altresì fatta discendere l'irragionevolezza del differente trattamento sanzionatorio per fattispecie analoghe (casi di *ingiustificata discriminazione sanzionatoria*), ovvero l'irragionevolezza del medesimo trattamento sanzionatorio per fattispecie non assimilabili (casi di *ingiustificata parificazione sanzionatoria*, che può avere ad oggetto fattispecie enucleabili, eventualmente, anche all'interno della medesima disposizione, alla luce della genericità del dettato normativo: significativo che la prima decisione di accoglimento, al riguardo, abbia interessato proprio un caso siffatto: **sentenza n. 218 del 1974**).

L'irragionevolezza può derivare anche da una incongrua equiparazione e/o da una disparità di trattamento non sotto il profilo sanzionatorio *stricto sensu* inteso ma sotto il profilo del trattamento giuridico complessivamente considerato, e conseguente alla diversa sanzione comminata (ad esempio, relativamente a talune cause estintive), ovvero da essa indipendente (ad esempio, relativamente al regime di procedibilità): e su tali premesse, ad esempio, la Corte ha ritenuto irragionevole la preclusione, per taluni reati, delle sanzioni sostitutive, viceversa applicabili a reati concernenti condotte lesive del medesimo interesse e più gravemente sanzionate (**sentenza n. 254 del 1994**, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 60, comma 2, della l. n. 689 del 1981, nella parte in cui escludeva che le pene sostitutive potessero applicarsi ai reati previsti dagli artt. 21 e 22 della l. n. 319 del 1976, c.d. legge Merli

in tema di inquinamento idrico; analogamente, **sentenza n. 78 del 1997**).

Con riferimento all'equilibrio sanzionatorio tra fattispecie distinte, lo schema incentrato sull'art. 3, comma 1, Cost. - originariamente ritenuto inaccessibile (in linea con l'affermazione più generale per cui ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate, implicherebbe valutazioni di natura politica, o, quanto meno, un sindacato per l'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte non spetta esercitare»: **sentenza n. 28 del 1957**) - è stato per una lunga fase prospettato solo a fronte dei casi di sperequazioni macroscopiche (di "manifesto arbitrio" o "patente irragionevolezza"), non di rado conducendo a concludere per l'infondatezza della questione ove la dissimmetria non fosse ritenuta tale [così, emblematicamente, la **sentenza n. 22 del 1971**, rigettando la "classica" questione centrata sulla irragionevolezza del dislivello delle cornici edittali tra il reato di furto, specie se aggravato, e quello di lesioni personali; analogamente, la **sentenza n. 109 del 1968**, che rigettando la questione della pretesa disparità di trattamento tra delitto di ingiuria (art. 594 c.p.) e delitto di oltraggio (art. 341 c.p.) - questione successivamente riproposta ed accolta con la **decisione n. 341 del 1994** - precisava che «la valutazione della congruenza tra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità, non verificatasi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non risultare sorretta da ogni, benché minima giustificazione»; così pure la **sentenza n. 167 del 1982**, con la quale è stata dichiarata infondata la questione in tema di porto abusivo d'armi affermando che «La disparità di trattamento è innegabile, ma essa non appare così palesemente irrazionale da attingere l'arbitrarietà (...)»].

Nel corso del tempo, lo schema ternario della ragionevolezza-eguaglianza si è progressivamente ampliato (fino a rendere censurabili violazioni solo "evidenti" del principio in esame: **sentenza n. 22 del 2007**), ha visto affinare i propri criteri, e il sindacato della Corte si è arricchito di note valutative sempre più dettagliate con riferimento al profilo degli interessi tutelati, necessarie a stabilire la relazione di identità tra le fattispecie oggetto di disparità trattamentale (ovvero, simmetricamente, a far emergere la diversità di disvalore di fattispecie trattate in modo eguale), posto che la violazione del canone di ragionevolezza può essere apprezzata solo «in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio»: **sentenze n. 364 del 2004; n. 325 del 2005; n. 22 del 2007; n. 282 del 2010**).

Da questa angolatura, in alcuni casi la disomogeneità dei beni giuridici o dei gradi di offensività delle condotte è stata giudicata incompatibile con la equiparazione sanzionatoria: così nella **sentenza n. 26 del 1979** - la prima decisione di accoglimento, sulla base del parametro di ragionevolezza, concernente una ipotesi delittuosa -, dove la Corte, chiamata a giudicare più ipotesi di parificazione sanzionatoria tra condotte eterogenee previste dall'art. 186 c.p.m.p. (in particolare, l'equiparazione tra omicidio volontario *consumato* ed omicidio *tentato* ai danni del superiore, da un lato, e l'equiparazione tra omicidio *volontario* e omicidio *preterintenzionale*, dall'altro, ai sensi del primo comma dell'art. 186 c.p.m.p.; e, inoltre, l'equiparazione tra delitto di omicidio volontario del superiore e delitto di lesioni personali gravissime o gravi sempre in danno del superiore ufficiale, ai sensi del secondo comma dell'art. 186 c.p.m.p.), ne ha decretato l'illegittimità costituzionale denunciando un vero e proprio «stravolgimento dei valori messi in gioco», realizzato «anteponendo la disciplina

militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita».

Altre volte la loro assimilabilità ovvero l'identità del "bene giuridico" e del tipo di offesa - ha condotto a ritenere ingiustificato il diverso trattamento sanzionatorio: così nella **sentenza n. 409 del 1989**, con la quale la Corte - diffondendosi anche in importanti precisazioni sui limiti della tutela penale (*retro*, § 4) - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di "rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza" (art. 8, comma 2, della l. n. 772 del 1972), ritenendo la pena ivi prevista (reclusione da due a quattro anni) irragionevolmente diversa rispetto alla pena prevista (reclusione da sei mesi a due anni) per il delitto di mancanza alla chiamata (art. 151 c.p.m.p.), sulla base della riconosciuta identità dell'oggetto di tutela tra le due fattispecie (ossia l'interesse statale all'adempimento dei doveri di solidarietà sottesi allo svolgimento del servizio militare), e così fissando la sanzione nei limiti editali previsti per quest'ultimo reato.

In senso analogo, la **sentenza n. 287 del 2001**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il reato di diffusione di pubblicazioni di propaganda elettorale prive del nome del committente responsabile (art. 29, comma 5, della l. n. 81 del 1993) perché caratterizzato da un trattamento sanzionatorio arbitrariamente più severo rispetto alla fattispecie invocata come *tertium comparationis* (trattamento ingiustificato anche alla luce del quadro di depenalizzazione degli illeciti in materia di propaganda elettorale disposta per i vari tipi di competizioni dalla l. n. 515 del 1993).

Peraltro, maggiori limiti - secondo la Corte - si incontrano con riferimento all'eventuale equiparazione sotto una medesima cornice edittale tra fattispecie di diverso disvalore (come appunto nel caso delle norme a più fattispecie), ove si afferma che «al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando in tali casi al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale» (da ultimo, **ordinanza n. 224 del 2011**).

### **5.3. Il principio di proporzione tra disvalore del reato e pena**

Su questa linea evolutiva, focalizzando l'attenzione sul nucleo di disvalore del reato (ossia su tipologia di offesa e spessore dell'interesse tutelato), e, per questo tramite, sulla "coerenza sistematica" delle cornici editali, la Corte ha progressivamente riconosciuto, anche in materia penale, il *principio di proporzione tra illecito e sanzione*, quale ulteriore implicazione della ragionevolezza - o meglio, della "ragionevolezza intrinseca" - capace di spostare il sindacato sull'equilibrio interno alla fattispecie.

Anche in questo caso, si è in generale osservato a più riprese che «il principio di uguaglianza (...) esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso,

in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali», e si è precisato che «le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato (...) soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» (**sentenza n. 409 del 1989**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione comminata dall'art. 8, comma 2, della l. n. 772 del 1972, concernente il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, ritenendo la stessa irragionevolmente più grave di un altro reato – quello di “mancanza alla chiamata” di cui all'art. 151 c.p.m.p. – omologo per contenuto di disvalore oggettivo e soggettivo, e per di più non qualificato da specifica, apprezzabile motivazione).

Restando alle decisioni di accoglimento, ulteriori puntualizzazioni sul principio di proporzione sono state condotte nella **sentenza n. 391 del 1994**, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio (art. 341 c.p.): la decisione, infatti, pur confermato «il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale» e ribadito che «non spetta (...) alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie», richiama nondimeno il proprio compito di «verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza», e «di valutare la rispondenza della previsione contestata (...) segnatamente al principio di proporzionalità» (decisivo, nel caso di specie, per rilevare la irragionevole sproporzione del minimo edittale e i casi più lievi di oltraggio, anche in base al raffronto con il reato di ingiuria, previsto all'art. 594 c.p.).

La progressiva autonomia così riconosciuta al principio di proporzionalità – come peculiare proiezione della ragionevolezza, coltivata in materia penale soprattutto alla luce della finalità rieducativa della pena («la quale esige che il trattamento sanzionatorio sia proporzionato all'effettivo disvalore del fatto»), ma riferibile anche alle sanzioni amministrative (si veda la **sentenza n. 186 del 2011**) – trova del resto importanti conferme sia nella giurisprudenza della Corte EDU (e della stessa Corte di giustizia), sia, soprattutto, nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si stabilisce che “*L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato*”.

Solo per inciso, anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” focalizzato sul principio di proporzionalità e sull'equilibrio interno alla fattispecie (come del resto già a fronte del giudizio di ragionevolezza-eguaglianza, che ha come presupposto un confronto tra “fattispecie identiche”, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio”: *ex plurimis*, **sentenze n. 364 del 2004**; **n. 325 del 2005** e **n. 22 del 2007**), conserva una notevole importanza la (corretta) individuazione del *tertium comparationis*, da un lato, per la sua capacità “indiziante” circa la sperequazione sanzionatoria, dall'altro, e soprattutto, per individuare con esattezza l'eventuale disciplina da estendere – ove possibile - per ridurre lo squilibrio sanzionatorio (ad esempio, estensione di una circostanza attenuante prevista per l'ipotesi analoga o più grave; estensione della pena edittale prevista per la disposizione utilizzata in chiave comparativa, come nella soluzione affermata con la **sentenza n. 409 del 1989**; solo nel caso della **sentenza n. 341 del 1994** si è provveduto a dichiarare l'illegittimità del solo minimo edittale dell'art. 341 c.p., senza indicare altra sanzione, e facendo “rivivere”, anche per l'oltraggio, il limite minimo previsto nel codice penale).

La Corte, in questa prospettiva, ha infatti chiarito di non poter procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali – anche a fronte di sperequazioni sanzionatorie evidenti - «in assenza di precisi punti di riferimento che possano condurre a situazioni costituzionalmente obbligate», posto che «né una pronuncia caducatoria, né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra, senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta» (**sentenza n. 22 del 2007**, con la quale sono state dichiarate inammissibili diverse questioni concernenti la pretesa irragionevolezza, specie sotto il profilo del principio di proporzione, delle fattispecie penali rispettivamente previste nel comma 5-ter, e comma 5-quinquies dell'art. 14 del d. lgs. n. 286 del 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

Del resto, si è ancora rilevato, «ciò che può costituire materia di utile riflessione per il legislatore non può rendere ammissibile una pronuncia di questa Corte, cui non è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie ad un'altra in esito ad una altrettanto inammissibile scelta tra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità».

In altri termini, «se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece (...) una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore» (**sentenza n. 22 del 2007**; è “manifestamente infondata”, dunque, una questione pur centrata su una evidente sproporzione ma costruita su un *tertium comparationis* non “pertinente”, ad esempio perché identificato in una fattispecie “più ampia e generica” di quella oggetto di censura, suscettibile di ricomprendere anche fatti di minor disvalore: si veda da ultimo, in relazione alla pena edittale minima del sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 c.p., l'**ordinanza n. 240 del 2011**).

In definitiva, in tali ipotesi la Corte – non potendo modificare i termini della questione come stabiliti nell'ordinanza di rimessione - non può che limitarsi, al più, a «rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volta ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate» (così ancora la **sentenza n. 22 del 2007**).

Conferma quanto si è detto, da ultimo, la **sentenza n. 47 del 2010**, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità, in riferimento ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, dell'art. 372 c.p., nella parte in cui prevede il minimo edittale di due anni di reclusione per il delitto di falsa testimonianza. Le argomentazioni della Corte guardano sia al profilo della “ragionevolezza intrinseca” della fattispecie incriminatrice (e del relativo trattamento sanzionatorio), che esibirebbe «un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale” sia al versante della ragionevolezza-eguaglianza alla luce di *tertia comparationis* individuati dal remittente in fattispecie (come la frode processuale, il favoreggiamento personale, anche aggravato, la simulazione di reato, la calunnia) che, tuttavia, secondo la Corte, “ancorché catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, non hanno la stessa oggettività giuridica».

#### 5.4. Principio di ragionevolezza e presunzioni in materia penale (in particolare, le presunzioni di pericolosità)

Più in generale, infine, il principio di ragionevolezza rappresenta anche il criterio di controllo dei bilanciamenti o delle compressioni che – ove le stesse siano ritenute ammissibili (*retro*, § 1) – taluni principi costituzionali, anche in materia penale, possono fronteggiare: a tale criterio infatti – come accennato – la Corte si richiama per valutare le deroghe ammissibili rispetto al principio di retroattività della *lex mitior* (**sentenze n. 393 del 2006; n. 72 del 2008; n. 236 del 2011**: *retro*, § 2.2.1.), per ammettere la legittimità delle presunzioni di pericolo rispetto al principio di offensività (ove appunto “non manifestamente irragionevoli e arbitrarie”: **sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995**: *retro*, § 4.2; mentre le presunzioni di pericolosità esclusivamente basate su “condizioni o qualità personali”, poste a base di una fattispecie incriminatrice, e tali da tipizzare “una sorta di reato d’autore”, vengono ormai censurate richiamando come parametro il principio di offensività: *retro*, §§ 4.3., 4.4.); per vagliare dunque le possibili compressioni del principio rieducativo rispetto ad altre finalità della pena, e/o per valutare la preferenza da accordare, volta a volta, all’una o all’altra finalità, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (**sentenze n. 306 del 1993; n. 257 del 2006**: *infra*, § 6).

In prospettiva più generale, allo stesso principio si richiama la Corte per valutare le *presunzioni assolute* stabilite dal legislatore che incidano sull’operare (anche) di una garanzia costituzionale in materia penale, presunzioni che – non diversamente dagli altri casi in cui limitano un diritto fondamentale della persona – «violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*», ossia «tutte le volte in cui sia agevole formulare accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (da ultimo, rispetto al duplice automatismo, basato su presunzioni, stabilito nel secondo comma dell’art. 62-*bis* c.p., si veda la **sentenza n. 183 del 2011**, che ha appunto dichiarato illegittima la norma anche perché irragionevolmente limitativa del principio della finalità rieducativa della pena: *infra*, § 6.4.).

In quest’ultima prospettiva si collocano, del resto, anche le diverse pronunce di accoglimento in relazione alle presunzioni di pericolosità in materia di misure di sicurezza.

Anzitutto, la **sentenza n. 1 del 1971**, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 224, comma 2, c.p., «nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico per i minori degli anni quattordici, il ricovero, per almeno tre anni, in riformatorio giudiziario», dove la Corte censurò, in particolare, l’equiparazione presuntiva del giudizio di pericolosità che non dava rilievo alla circostanza (diversificatrice) che ad essere autore del fatto fosse un minore che si approssima alla soglia del quattordicesimo anno di età, ovvero un bambino in tenera età.

Successive pronunce sono intervenute sulla questione della persistenza della pericolosità presunta per determinate categorie (infermi e seminfermi di mente). In particolare, con le **sentenze n. 139 del 1982 e n. 249 del 1983**, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, rispettivamente, degli artt. 222, comma 1, 204 cpv., 205, comma 2, n. 2 e 219, comma 1, c.p., in quanto non subordinavano il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell’imputato prosciolto per infermità psichica (o quello dell’imputato seminfermo in una casa di cura e custodia) al previo accertamento della persistente pericolosità derivante

dall'infermità al momento dell'applicazione della misura: dove a fondare la censura fu l'equiparazione tra soggetto ancora colpito da malattia mentale e soggetto non più infermo (o seminfermo) e, quindi, non più socialmente pericoloso, irragionevole perché il persistere della infermità psichica «non poggia infatti su dati di esperienza suscettibili di generalizzazione, ma anzi costituisce un'inversione totale della logica del giudizio scientifico».

Sulla stessa traccia, con la **sentenza n. 1102 del 1988** la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 219, comma 3, c.p., da un lato eliminando elementi di contraddizione discendenti dalla precedente **sentenza n. 249 del 1983**, dall'altro fornendo precise indicazioni interpretative sull'art. 31 della l. n. 663 del 1986 (di riforma dell'ordinamento penitenziario) in punto di accertamento della pericolosità.

Analogamente, con la **sentenza n. 146 del 1975** si è dichiarata l'illegittimità dell'art. 148 c.p., che stabiliva la sospensione del termine di esecuzione della pena in caso di ricovero del condannato in ospedale psichiatrico giudiziario per infermità di mente sopravvenuta, alla luce della irragionevole disparità di trattamento rispetto al computo della pena operato nei confronti dell'imputato ricoverato nel periodo di custodia preventiva.

In queste decisioni, in definitiva, è l'assolutezza del meccanismo presuntivo ad essere ritenuto irragionevole perché non fondato su una sufficiente base empirica (*i.e.* «su dati di esperienza suscettibili di generalizzazione»): e questa particolare declinazione della ragionevolezza riflette ormai un orientamento consolidato, riaffermato, a più riprese, anche di recente (la già citata **sentenza n. 183 del 2011**), non solo con riferimento alla materia del diritto penale sostanziale (si vedano ancora le **sentenze n. 438 e 439 del 1995**, che hanno dichiarato, rispettivamente, l'irragionevolezza degli artt. 146, comma 3, c.p., e 286-*bis*, comma 1, c.p.p., sul differimento obbligatorio della pena ed il divieto di custodia cautelare per i soggetti affetti da AIDS; ma anche le già citate decisioni in materia di presunzione di inadeguatezza di misure diverse dalla custodia cautelare per taluni reati: **sentenze n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011**).

## 6. IL PRINCIPIO DELLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA

La Costituzione italiana dedica una precipua disposizione al tema della finalità della pena, stabilendo, all'art. 27, comma 3, che “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

La giurisprudenza costituzionale, nel corso del tempo, ha variamente interpretato e valorizzato le indicazioni contenute in questo principio, dilatandone progressivamente la portata e traendone altresì fondamentali indicazioni per fondare, sviluppare o potenziare diverse ed ulteriori garanzie in materia penale: così, anche alla luce del principio del finalismo rieducativo è maturata l'evoluzione che ha condotto a ricavare, volta a volta con differenti articolazioni sistematiche, il principio di colpevolezza (*retro*, § 3.1.), il principio di offensività (*retro*, § 4), il principio di proporzione della pena (*retro*, § 4.1.1.), ma anche rispetto ad altre “garanzie” il principio dell'art. 27, comma 3, Cost. ha offerto originali strumenti argomentativi (si veda, ad esempio, la **sentenza n. 487 del 1989**, concernente il principio di riserva di legge statutale, ove il riferimento alla “statualità a doppio titolo” è radicato anche sulle peculiari finalità perseguite dalla sanzione penale: *retro*, § 2.4.).

### 6.1. L'adesione alla c.d. “concezione polifunzionale della pena” e il ruolo “circoscritto” del principio rieducativo

Nell'interpretazione dell'art. 27 Cost., la Corte costituzionale, almeno nei suoi interventi più risalenti, ha espressamente dimostrato di accogliere la c.d. “concezione polifunzionale della pena”, accompagnando questa adesione teorica ad una considerazione del principio rieducativo per lo più circoscritta alla sola fase esecutiva.

Questa scelta di fondo emerge chiaramente, ad esempio, nella **sentenza n. 12 del 1966**, con la quale, nel dichiarare fondato il dubbio di costituzionalità concernente la previsione della pena pecuniaria contemplata in relazione ad alcune tipologie di reato, la Corte ha enucleato la “vera portata del principio rieducativo” da una lettura congiunta delle due parti di cui si compone il terzo comma dell'art. 27 Cost., in base alla quale «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane pur sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio», al quale, solo, il legislatore «con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”»; pertanto, il principio rieducativo, «dovendo agire in concorso [con le] altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto», trovando precisa collocazione «nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata».

Questa impostazione è stata mantenuta inalterata in diverse successive pronunce. Così, nella **sentenza n. 22 del 1971**, la Corte ha espressamente escluso che il fine rieducativo sia l'unico che la pena intende seguire: nel giudicare non fondata la questione di legittimità della previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto, la Corte ha agganciato «l'efficacia

rieducativa, indicata come finalità ultima (e non unica) della pena dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione» non solo e non tanto alla durata della stessa, quanto, soprattutto, «al suo regime di esecuzione» (analogamente nelle **sentenze n. 119 del 1975; n. 102 e n. 169 del 1985**).

Anche la **sentenza n. 167 del 1973** conferma l'impostazione in base alla quale la rieducazione sarebbe elemento essenziale confinato alla sola fase esecutiva, affermando che «il principio della emenda [...], costantemente interpretato [...] nel senso che esso confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e che si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto», non può trovare applicazione nei confronti delle pene sospese o delle misure di sicurezza; analogamente, nella **sentenza n. 237 del 1984** la Corte ribadisce che «l'art. 27, terzo comma, Cost., si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto [...], mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sull'efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore» (sulla stessa linea, si vedano anche le **sentenze n. 107 del 1980; n. 104 del 1982 e n. 23 del 1985**).

In effetti, la piena legittimazione, al fianco della finalità rieducativa della pena, delle ragioni (e giustificazioni) di prevenzione generale (e di retribuzione), aveva trovato già una significativa affermazione nella **sentenza n. 264 del 1974**, concernente la compatibilità con l'art. 27, comma 3, Cost. della pena dell'ergastolo: «funzione (e fine) della pena – si è affermato – non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena»; e su questa base la Corte poté concludere che l'art. 27 Cost. «non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...] quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».

## **6.2. La valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva**

Un primo, importante segnale di apertura verso una valorizzazione del principio rieducativo non limitato alla fase esecutiva si avverte nella **sentenza n. 204 del 1974**, dove la Corte – nel dichiarare incostituzionale l'art. 43 delle disposizioni di attuazione del cod. proc. pen., che attribuiva al Ministero della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale - qualifica il “recupero sociale del condannato” come “fine ultimo e risolutivo della pena” e, per la prima volta, individua un vero e proprio diritto alla rieducazione, inteso come il «diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Su queste basi, l'istituto della liberazione condizionale, alla luce dell'art. 27, comma 3, Cost., assume un ruolo di particolare significato

e peso, che dev'essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti: «[...] il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

Il progressivo coinvolgimento e le implicazioni del principio rieducativo su piani e ambiti diversi dalla sola fase d'esecuzione ha una chiara testimonianza nella **sentenza n. 364 del 1988**, e conduce – come si è accennato [*retro*, § 3.1.] – ad affermare «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa», e «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali». E' dunque alla luce di una piena valorizzazione della finalità rieducativa già nella fase dell'applicazione della pena che matura l'evoluzione del principio di personalità della responsabilità penale nel principio della responsabilità per fatto proprio e colpevole, con le già evidenziate conseguenze sulla disciplina dell'irrelevanza dell'*ignorantia legis*, e la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p.: del resto, l'applicazione di una pena anche a fronte di una ignoranza o errore non rimproverabile potrebbe giustificarsi solo aderendo ad una concezione fondata sulla «[...] prevenzione generale in chiave di pura deterrenza che, peraltro, [...] non può considerarsi legittimamente utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale [...]» (**sentenza n. 364 del 1988**), posto che punire in difetto di colpevolezza per finalità di prevenzione generale negativa e di prevenzione speciale negativa implicherebbe «una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.» (**sentenza n. 322 del 2007**).

E' in una linea di ideale continuità con queste pronunce che si colloca la **sentenza "storica" n. 313 del 1990**, ove la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 444, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse valutare la congruità della pena richiesta dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione, inaugura una nuova fase nella lettura interpretativa dell'art. 27, comma 3, Cost., aprendo alla sua piena, trasversale valorizzazione.

Discostandosi dall'orientamento tradizionale e disvelando talune ambiguità della c.d. "concezione polifunzionale della pena", la Corte chiaramente afferma che il principio concernente la finalità rieducativa della pena «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», in una prospettiva dove il verbo "tendere" rappresenta solo «la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione».

Così, deve essere «esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie», poiché «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

### 6.3. Il bilanciamento tra le diverse finalità della pena “nei limiti della ragionevolezza”

La valorizzazione della finalità rieducativa della pena oltre la fase esecutiva non significa, tuttavia, eliminazione delle ulteriori finalità che la pena tradizionalmente riconosce, la cui compresenza – nell’ottica della concezione polifunzionale della pena - non è mai stata negata dalla Corte.

Da questo punto di vista, anzi, un’altra affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, ribadita anche di recente, concerne l’impossibilità di stabilire una “statica, assoluta gerarchia” tra le diverse finalità della pena: secondo la **sentenza n. 282 del 1989**, «è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia». Se una gerarchizzazione è impossibile, l’accentuazione della finalità rieducativa conserva comunque un ruolo predominante in sede di esecuzione della pena detentiva: «mentre [...] per nessuna ragione può essere superata la durata dell’afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna (per questo aspetto, la retribuzione, intesa come misura limite, sulla base della colpevolezza del fatto, dell’intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo), a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell’ipotesi che l’esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua futura vita nella società impongano, prima o durante l’esecuzione [...] di sospendere o ridurre [...] l’esecuzione stessa».

Tra le diverse finalità della pena, non gerarchizzabili a priori, è in ogni caso il legislatore che – “nei limiti della ragionevolezza” (*retro*, § 5) – può dare la preferenza, di volta in volta, all’una o all’altra finalità, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (**sentenza n. 306 del 1993**, secondo la quale «inibire l’accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati», solo sulla base del titolo di reato e senza che sia necessario accertare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, «ha comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa»).

Se è vero, insomma, che tra gli scopi della pena non è possibile stabilire aprioristicamente una gerarchia fissa, poiché «le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica-criminale [...]», è anche vero che non c’è elusione delle funzioni costituzionali della pena ove «il sacrificio dell’una sia il “minimo indispensabile” per realizzare il soddisfacimento dell’altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della adeguatezza e proporzionalità delle misure [...] è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri prescelti dal legislatore». In altri termini, la scelta del legislatore di dar preferenza ad una finalità della pena deve essere pur sempre valutata nel prisma della ragionevolezza: così, la scelta per una chiara indicazione general-preventiva – perseguita inasprendo i presupposti per la concessione

dei permessi premio ai recidivi «obliterando l'iter di risocializzazione già concretamente perseguito» e accomunando fra loro i recidivi reiterati, senza alcuna valutazione dei comportamenti e dei diversi parametri «individualizzanti finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo», traducendosi «in un incoerente arresto dell'iter trattamentale, in violazione del principio sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione» (**sentenza n. 257 del 2006**).

Analogamente, la necessaria, armonica considerazione delle diverse funzioni che la Costituzione assegna alla pena conduce la Corte a ravvisare una violazione del principio dell'art. 27, comma 3, Cost. «nella radicale esclusione delle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati», essendo collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva «che di per sé non è univocamente sintomatica (...) di una particolare pericolosità sociale»: così, «L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde [...] dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa» (**sentenza n. 78 del 2007**).

#### **6.4. Le diverse implicazioni del principio rieducativo nella fase legislativa e della commisurazione della pena: in particolare, il “divieto di previsioni sanzionatorie rigide” ed il divieto di meccanismi presuntivi vincolanti il giudice in fase commisurativa**

L'affermazione fondamentale in base alla quale la finalità rieducativa della pena opera non solo nella fase dell'esecuzione della pena, ma anche nel momento della scelta legislativa dell'incriminazione penale ed in quello della cognizione giudiziale (**sentenza n. 313 del 1990**), vincolando dunque non solo il giudice dell'esecuzione, ma anche il giudice della cognizione e, prima ancora, il legislatore (profilo già evidenziato, del resto, dalla **sentenza n. 364 del 1988**), - pur nel quadro dei possibili bilanciamenti a cui il principio di cui all'art. 27, comma 3, Cost. risulta essere esposto - ha avuto conseguenze di estremo rilievo nei più diversi ambiti.

È su questa idea, anzitutto, che si è radicato il principio di proporzione tra disvalore del fatto e gravità della pena, che - come si è accennato – rappresenta una delle implicazioni del principio di ragionevolezza, coltivata appunto alla luce del principio rieducativo (*retro*, § 5.3).

Anche prima di questa compiuta maturazione, la Corte aveva del resto anticipato alcune ricadute di questo percorso riconoscendo un limite – se non un preciso divieto – alle “previsioni sanzionatorie rigide”: nella **sentenza n. 50 del 1980**, si afferma infatti che: «In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono (...) in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale: ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

Analogamente, è (anche) alla luce della finalità rieducativa che si è affermato il divieto di “rigidi automatismi” basati su presunzioni non empiricamente fondate, tali da escludere la possibilità, da parte del giudice, di considerare i normali criteri di commisurazione, nell’ottica della doverosa individualizzazione della pena: così, la **sentenza n. 183 del 2011**, ha dichiarato la parziale illegittimità del secondo comma dell’art. 62-*bis* c.p. «nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato, ex art. 99, quarto comma, c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all’art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell’art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell’attenuante di cui all’art. 62-*bis*, primo comma, c.p.», riconoscendo tale limitazione in contrasto con il principio di ragionevolezza e con l’art. 27, comma 3, Cost., in quanto, introducendo «una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell’imputato», finisce con l’espropriare il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo, laddove, a fronte dell’incidenza sulla capacità a delinquere del parametro costituito dai precedenti penali dell’imputato, sarebbe possibile individuare altri parametri – come quello relativo alla condotta susseguente al reato – rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa dei precedenti.

In particolare, il contrasto con il principio di ragionevolezza viene ravvisato nella scelta normativa di escludere, nell’ipotesi del secondo comma dell’art. 62-*bis* c.p., il potere del giudice di valutare ed apprezzare la condotta tenuta dal colpevole nel periodo successivo alla commissione del reato, essendo tale preclusione «fondata su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta, che non risponde a un dato di esperienza generalizzabile, in quanto la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun collegamento». Infatti, «mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali, che, pur potendo essere di grande significato per valutare l’attualità della capacità a delinquere, sono indiscriminatamente neutralizzati ai fini dell’applicazione delle circostanze attenuanti generiche».

Se dunque – come si è visto (*retro*, § 5.4) - le presunzioni assolute, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona», sono ammissibili solo ove non siano arbitrarie e irrazionali (ossia ove rispondano a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*), la ragionevolezza deve escludersi – questa la conclusione della Corte - nel caso di specie, considerando «da un lato, che la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e, dall’altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e che successivamente l’imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato».

Tuttavia, la deroga legislativa – nell’impianto argomentativo della decisione – è ritenuta illegittima anche perché ritenuta tale da sacrificare in modo intollerabile l’art. 27, comma 3, Cost.: difatti, «l’obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l’accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l’oggetto della rieducazione».

## **6.5. Finalità rieducativa ed esecuzione della pena**

### ***6.5.1. Premessa: nozione di rieducazione***

Nel momento in cui ci si pone il problema di come operi il principio della finalità rieducativa in sede esecutiva appare necessario chiarire preliminarmente il concetto di “rieducazione”.

Sul punto, non si registra nella giurisprudenza costituzionale una uniformità di linguaggio, poiché la Corte ha utilizzato ed utilizza espressioni diverse per esprimere il concetto. Troviamo, infatti, una ampia gamma di varianti linguistiche, che vanno, ad esempio, dal «reinserimento nell’ordine sociale» della **sentenza n. 168 del 1972**, al «riadattamento alla vita sociale» della **sentenza n. 204 del 1974**, dal «reinserimento nel contesto economico e sociale» della **sentenza n. 126 del 1983**, al «reinserimento nel corpo sociale» *ex* **sentenza n. 274 del 1983**, dal «reinserimento nella società» (**sentenze n. 161 del 1997 e n. 450 del 1998**), al «ravvedimento» o «recupero sociale» *ex* **sentenza n. 271 del 1998**, dal «reinserimento del condannato nel consorzio civile» (**sentenza n. 168 del 1994**), alla «risocializzazione» (**sentenze n. 282 del 1989; n. 296 del 2005; n. 257 del 2006**).

A prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società ed in quest’ottica un ruolo fondamentale è rivestito dalla disciplina che regola il momento esecutivo-penitenziario.

### ***6.5.2. Individualizzazione della pena, progressività nel trattamento penitenziario e divieto di automatismi***

Il primo passo per assicurare il rispetto del fine rieducativo è rappresentato dalla garanzia di “individualizzazione” del trattamento sanzionatorio.

Interessante, a tal proposito, è la **sentenza n. 50 del 1980** che, nel dichiarare non fondati i dubbi di legittimità dell’art. 121 del t.u. delle norme in materia di circolazione stradale del 1959, che comminava pena detentiva e pecuniaria fisse per chi circolasse con un veicolo di peso complessivo a pieno carico superiore a 30 quintali, ha posto l’accento sulla opportunità di garantire a ciascuno un trattamento punitivo “adeguato”. «L’“individualizzazione” della pena – argomentano i Giudici - in modo da tener conto dell’effettiva entità e delle specifiche

esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente la materia penale». Infatti, «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce da un lato a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale [...]; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma Cost.». Emerge, pertanto, con evidenza, l'esigenza di «una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, “proporzionale”, delle pene inflitte con le sentenze di condanna»: perciò, in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non sono conformi a detti principi, ma l'eventuale dubbio di legittimità potrà essere, caso per caso, superato ove la pena appaia ragionevolmente proporzionata, considerate la natura dell'illecito e la gamma di comportamenti che possono integrarlo.

Nella già ricordata **sentenza n. 306 del 1993**, che ha dichiarato illegittima la revoca delle misure alternative alla detenzione per i condannati per determinati delitti pur in assenza dell'accertamento di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, si legge che anche l'effetto della revoca dei benefici deve essere proporzionato alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che l'ha determinata: questo principio «consegue a quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione».

Sulla medesima linea si collocano anche le **sentenze n. 357 del 1994; n. 68 e n. 504 del 1995; n. 445 del 1997**; in particolare, in quest'ultima pronuncia, la Corte, ricostruendo i propri precedenti in materia di art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ha posto in evidenza come sia «il principio della progressività trattamentale a rappresentare il fulcro attorno al quale si è dipanata la giurisprudenza [costituzionale], doverosamente attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che ne caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale quadro delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce».

Analoghe osservazioni si ritrovano nella **sentenza n. 255 del 2006**, che ha affermato l'incostituzionalità della mancata previsione della possibilità per il giudice di sorveglianza di negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena quando ritiene il beneficio non adeguato alle finalità di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. (art. 1 della l. n. 207 del 2003): per l'attuazione dei principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena, «ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari». Nella specie, la generalizzata applicazione del trattamento di favore a tutti i condannati, pur in presenza di differenti stadi di percorso di risocializzazione, «compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, [...] ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo». Nella stessa pronuncia la Corte richiama anche un altro importante profilo, quello del divieto di automatismi sia nella revoca che – prima – nelle

preclusioni all'accesso ai benefici, essendo detto automatismo in pieno contrasto «con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena».

Del resto, al divieto di automatismi la giurisprudenza costituzionale si era richiamata anche in precedenza, per esempio nella **sentenza n. 186 del 1995** che, nell'accogliere le censure mosse all'art. 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, che contemplava una revoca automatica della liberazione anticipata in caso di intervenuta condanna per delitto non colposo commesso durante l'esecuzione e successivamente alla concessione del beneficio, ha posto l'accento sull'«ingiusto arresto che può subire il percorso di risocializzazione del condannato in dipendenza dell'automatismo che contraddistingue la revoca della liberazione anticipata», poiché «non è la condotta del soggetto ad essere valutata in rapporto alla natura ed alla funzione del beneficio preso in esame, ma unicamente il dato rappresentato dalla condanna per qualunque delitto non colposo».

Così, conclude la sentenza, l'indifferenza del legislatore «per qualsiasi tipo di apprezzamento in ordine alla compatibilità o meno degli effetti che scaturiscono dalla liberazione anticipata rispetto al valore sintomatico che in concreto può assumere l'intervenuta condanna», fa presupporre che alla base di tale scelta vi sia «nulla più che un preciso disegno volto ad assicurare, attraverso un meccanismo di tipo meramente sanzionatorio, la sola “buona condotta” del soggetto in espiazione di pena, relegando [...] nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo che costituisce l'essenza stessa dell'istituto».

Parimenti, si legge nella **sentenza n. 173 del 1997** che «una brusca ed automatica sospensione» della detenzione domiciliare «può interrompere senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo», con la conseguenza che la previsione della sospensione automatica contenuta nell'art. 47-ter, ultimo comma, della stessa legge n. 354 del 1975, in presenza di una denuncia per il reato di cui al comma 8 dello stesso articolo (evasione), «senza valutazione delle circostanze in cui l'allontanamento denunciato come reato è avvenuto, confligge con la finalità rieducativa assegnata dalla Costituzione ad ogni pena, e dunque anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario».

Anche la successiva **sentenza n. 296** dello stesso anno, pur dichiarando non fondate le questioni aventi ad oggetto l'art. 30-ter, quinto comma, della sopraindicata legge, che pone il divieto di permessi premio (per due anni dalla commissione del fatto), per chi, durante l'espiazione della pena, ha riportato condanna o è stato imputato per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena, censura «l'utilizzazione da parte del legislatore di meccanismi che sottraggono al magistrato di sorveglianza la verifica dell'effettiva incidenza di un medesimo fatto-reato sul trattamento penitenziario». Tuttavia, «considerata la particolare natura del permesso-premio, caratterizzato dall'essere parte integrante del trattamento ed ancorato alla regolarità della condotta quale delineata dall'art. 30-ter, ottavo comma, della legge n. 354 del 1975, non sembra che ogni automatismo, quando non determini una esclusione assoluta o definitiva da un beneficio, riesca a compromettere l'osservanza dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione» (sul punto si veda anche la **sentenza n. 418 del 1998**).

Ad ulteriore conferma dell'impostazione della Corte Costituzionale meritano di essere citate le recenti **sentenze n. 189 e n. 291 del 2010**.

In particolare, nella citata **sentenza n. 189** (con cui è stata dichiarata inammissibile la

questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 58-*quater*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, che statuisce il divieto di concessione di benefici penitenziari nei confronti di condannato che sia stato riconosciuto colpevole del delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p.), la Corte afferma «l'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza di questa Corte, che ha escluso l'ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati», aggiungendo che «Nella materia dei benefici penitenziari è criterio "costituzionalmente vincolante" quello che esclude "rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso" (sentenza n. 436 del 1999)» e che «Se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, "l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo" (sentenza n. 257 del 2006; in senso conforme sentenza n. 79 del 2007) e si instaura di conseguenza un automatismo "sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena" (sentenza n. 255 del 2006)».

Di nuovo, con la **sentenza n. 291 del 2010** è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, che statuisce il divieto di concessione di benefici penitenziari nei confronti dei condannati ai quali sia applicata la recidiva reiterata. Sulla base della ribadita esigenza, in materia di benefici penitenziari, di una valutazione individualizzata, «così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale» ed alla luce della propria giurisprudenza in tema di presunzioni assolute, la Corte, analogamente a quanto fatto nella precitata sentenza n. 189 dello stesso anno, ha dichiarato inammissibile la questione per avere il giudice *a quo* mancato di esplorare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata.

### **6.5.3. Le misure alternative alla detenzione e i benefici penitenziari**

«La finalità rieducativa è assegnata dalla Costituzione [...], accanto ad ogni pena, anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario» (**sentenza n. 532 del 2002**), che «costituiscono il punto di emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta» (**sentenza n. 282 del 1989**). Trattasi di misure molto eterogenee, accomunate, però, dalla «finalità della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato» (**sentenza n. 173 del 1997**).

Tra esse va annoverata la detenzione domiciliare, una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena, nata con scopi assistenziali ed umanitari, che «ha assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa [...], non essendo più limitata alla protezione dei "soggetti deboli" prima previsti come destinatari esclusivi» (**sentenza n. 350 del 2003**).

Così, la regola, contenuta nell'art. 656, comma 10, c.p.p., come sostituito dalla legge n. 165 del 1998, secondo cui la misura è «applicata *de plano* e "d'ufficio" a chi si trovi agli arresti domiciliari all'atto della condanna» e sia nelle condizioni per fruirne, non determina,

secondo la **sentenza n. 422 del 1999**, «alcun tipo di interferenza sulla funzione rieducativa della pena, giacché si anticipa – evitando i naturali allungamenti dei tempi che sarebbero cagionati da un procedura camerale partecipata – ciò al quale il condannato avrebbe diritto come misura minima applicabile»: anzi, all’opposto, è «previsione non soltanto non in contrasto, ma addirittura in linea con il parametro costituzionale» di cui all’art. 27 Cost.

Nello stesso senso si è espressa la **sentenza n. 350 del 2003**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 47-ter, comma 1, della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare alla madre (o al padre) conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante.

Se questa è la funzione dell’istituto, chiaro è che «alla possibilità del raggiungimento di tale finalità, così come ben può guardarsi nel momento della concessione [...], deve indubbiamente guardarsi anche nel momento in cui si sia chiamati a procedere alla sospensione del trattamento», perché «una brusca ed automatica sospensione [...] può interrompere senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo» (**sentenza n. 173 del 1997**, che ha pronunciato l’illegittimità dell’ultimo comma dell’art. 47-ter citato ove fa derivare automaticamente la sospensione dalla presentazione di una denuncia per il reato di cui al comma 8 dello stesso articolo).

Altra importante misura è l’affidamento in prova al servizio sociale.

Sull’art. 47 dell’ord. penit., che prevede l’istituto, la Corte si è pronunciata in numerose occasioni: con la **sentenza n. 185 del 1985** ne ha dichiarato l’illegittimità nella parte in cui non consentiva che valesse come espiazione di pena il periodo di affidamento in caso di annullamento del provvedimento di ammissione; con la **sentenza n. 343 del 1987** ne ha censurato la parte che – in caso di revoca del provvedimento di ammissione per comportamento incompatibile con la prosecuzione – non consentiva al Tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva residua tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo di affidamento trascorso: infatti, se i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena e di finalità rieducativa vanno «concretamente realizzati non solo nella fase di cognizione, ma anche in quella esecutiva», agli stessi «deve essere adeguata la disciplina delle riduzioni, in corso di esecuzione, della pena originariamente inflitta». Successivamente, la **sentenza n. 386 del 1989** ha affermato l’incostituzionalità dell’art. 47 ord. penit. nella parte in cui non prevedeva che nel computo delle pene - ai fini della determinazione del limite dei tre anni di detenzione inflitta, oltre il quale il beneficio non può essere accordato - non si

dovesse tener conto anche delle pene espiate, posto che queste «hanno consentito una più lunga osservazione del comportamento e hanno potuto anche conseguire, sia pure parzialmente, oltre agli effetti necessariamente retributivi, quegli effetti di rieducazione e di recupero sociale che attengono alla funzione di prevenzione speciale»; infine, nella **sentenza n. 569 del 1989** lo stesso articolo è stato dichiarato illegittimo ove non prevedeva che il condannato, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione pena o per custodia cautelare, potesse essere ammesso alla misura se avesse serbato un comportamento tale da consentire un giudizio positivo ai fini della stessa *ex* comma 2 del medesimo articolo.

Da ricordare è anche la **sentenza n. 100 del 1997**, che ha tracciato la linea di confine tra l’istituto in esame e la semilibertà di cui all’art. 50 dell’ord. penit., evidenziandone la «sostanziale diversità di presupposti»: la sottoposizione della semilibertà alla condizione della

previa espiazione in carcere di un periodo di pena, sia pure non determinato nella durata, «appare coerente con la scelta di base operata dal legislatore quando ha configurato tale misura alternativa di solo parziale decarcerazione, e non può mettersi a raffronto [...] con i presupposti dell'affidamento in prova, che può essere disposto solo quando si ritenga che il regime extracarcerario contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

Sulla semilibertà, la **sentenza n. 445 del 1997**, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 ove non prevedeva che il beneficio potesse essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio - e per i quali non fossero stati accertati collegamenti con la criminalità organizzata - ha evidenziato la «biunivoca correlazione fra la progressione del trattamento rieducativo e la risposta che lo stesso ottiene sul piano comportamentale». Da ciò consegue che «qualsiasi regresso giustifica un riadeguamento del percorso rieducativo, così come, all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella scala degli istituti di risocializzazione». Pertanto, se - come nella specie è accaduto - «il positivo evolversi del trattamento [subisce] una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato, mostratosi, anzi meritevole di proseguire quel cammino rieducativo che proprio gli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario - e fra essi, in particolare, la semilibertà, sono chiamati ad assecondare», ciò non può che collidere con il finalismo rieducativo costituzionalmente garantito.

Nel Capo VI del titolo I della l. n. 354 del 1975 dedicato alle misure alternative è inserito anche l'art. 54 relativo alla liberazione anticipata, consistente in una detrazione di quarantacinque giorni di pena per ogni semestre scontato «che non ha gratuito carattere pietistico o paternalistico, ma rappresenta un premio allo sforzo che il condannato va facendo per adeguarsi all'opera diurna dell'Istituzione che, mediante la rieducazione, lo avvia al reinserimento sociale» (**sentenza n. 276 del 1990**). Secondo la Corte, la valutazione del comportamento tenuto non può essere globale e finale ma necessariamente atomistica, ossia riferita ai singoli semestri, e il giudizio negativo su uno o più di essi non può comportare la decadenza dal diritto di vedere riconosciuto il beneficio per quelli in cui le condizioni si siano verificate, perché la lettura contraria, offerta dalla Corte di cassazione, sarebbe incompatibile con l'intento del legislatore di incentivare una condotta partecipativa, nella prospettiva delle finalità di cui all'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 27 Cost.

Sull'art. 54 la Corte è tornata con la **sentenza n. 352 del 1991**. Affermano i Giudici che la norma, nella parte in cui stabilisce che ai fini della concessione della liberazione anticipata è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare, pur se nella forma degli arresti domiciliari, non contrasta con l'art. 27, comma 3, Cost. poiché, «essendo la detrazione di pena rivolta al fine di consentire un più efficace reinserimento del condannato nella società, e dovendo questi offrire la prova di partecipazione all'opera di rieducazione, starà al giudice valutare se nel comportamento serbato dall'interessato nel corso della custodia cautelare possano essere rinvenuti quegli elementi che la giurisprudenza indica come sintomatici della evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, del ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a perseguire scelte

criminali». Quindi, ricorrendo detti presupposti, la riduzione di pena «si giustifica quale riconoscimento della partecipazione all'opera rieducativa, la quale, anche se attuata "spontaneamente" ed al di fuori del circuito penitenziario, non per questo cessa di essere riguardata dal legislatore come parametro unitario e concettualmente indifferenziato». Così, «è proprio la "meritorietà" della condotta serbata nel corso degli arresti domiciliari a giustificare la detrazione di pena che, secondo la *mens* della norma, è destinata a facilitare un "più efficace reinserimento nella società"».

Se il trattamento «è diretto a promuovere un processo di modificazione degli atteggiamenti del condannato che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale», appare ingiustificato l'automatico arresto che il percorso di risocializzazione del condannato può subire in dipendenza dell'automatica revoca della misura in caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione, successivamente alla concessione del beneficio: detta regola, contemplata nell'art. 54, comma 3, è stata dichiarata incostituzionale con la **sentenza n. 186 del 1995**.

Un ruolo essenziale ai fini della risocializzazione rivestono poi i benefici penitenziari e, tra essi, il permesso premio che, pur «non compreso nel capo sesto della legge penitenziaria, relativo alle misure alternative alla detenzione», rappresenta comunque «uno strumento cruciale ai fini del trattamento, perché può rivelarsi funzionale – in applicazione del principio di progressività – all'affidamento in prova» e costituisce «incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria [...] tanto da venir considerato esso stesso strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società» (**sentenza n. 504 del 1995**, che richiama le **sentenze n. 188 del 1990** e **n. 227 del 1995**).

Sul punto si registrano alcune pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* dell'ord. penit., relativo alla concedibilità dei benefici carcerari ai condannati per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata, che prestino attività di collaborazione con la giustizia.

Così, ad esempio, la norma è stata considerata illegittima nella parte in cui non prevedeva che i benefici potessero essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto (**sentenza n. 357 del 1994**) o l'integrale accertamento dei fatti operato con sentenza definitiva (**sentenza n. 68 del 1995**) avessero reso impossibile un'utile collaborazione con la giustizia: infatti, «collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile» e porre «come presupposto per l'applicazione di istituti funzionali alla rieducazione» un comportamento che obiettivamente non può essere prestato «equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali, con chiara frustrazione del precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione e senza alcuna "contropartita" sul piano delle esigenze di prevenzione generale» (**sentenza n. 68 del 1995**).

Sulla stessa linea si sono poste, successivamente, la già ricordata **sentenza n. 504 del 1995** – incostituzionalità dello stesso articolo ove stabiliva che la concessione di ulteriori permessi fosse negata ai condannati per i delitti di criminalità di cui al comma 1 che non avessero collaborato con la giustizia, anche in assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata – e la **sentenza n. 137 del 1999** – illegittimità dell'art. 4-*bis* nella parte in cui non contemplava che il permesso potesse essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992, avessero conseguito un livello di rieducazione adeguato al

beneficio (e per i quali non fosse accertato un collegamento attuale con la criminalità), perché «non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa [...] con il precludere l'accesso a determinati benefici o determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruirne».

Da ultimo, è da segnalare la **sentenza n. 79 del 2007**, in cui i Giudici si sono pronunciati per l'incostituzionalità dei commi 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit. (commi introdotti dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima della entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

Ribadendo il proprio orientamento costante, la Corte ha sottolineato che la finalità rieducativa della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria», la quale deve determinare «modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione».

Pertanto, la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti «mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo»: perciò, in caso di una sopravveniente normativa «che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato». Tale interruzione vanifica le positive esperienze già compiute, con la conseguenza che «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti», determinando una violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.

#### **6.5.4. La liberazione condizionale**

La finalità della rieducazione del detenuto attraverso il suo riavvicinamento alla società permea di sé tutto l'istituto della liberazione condizionale, che, come noto, consiste nella possibilità, in presenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi, di concludere la pena all'esterno del carcere in regime di libertà vigilata.

«L'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato» (**sentenza n. 204 del 1974**). Secondo la Corte, con l'art. 27, comma 3, Cost. l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, «un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma

anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle». Sulla base di tali considerazioni si è pervenuti alla dichiarazione di illegittimità della norma (art. 43 disp. att. cod. proc. pen.) che attribuiva all'allora Ministro di grazia e giustizia la competenza ad applicare la liberazione condizionale. I Giudici, infatti, ritengono essenziale la necessità della garanzia giurisdizionale, rilevando la natura non discrezionale dell'istituto in questione e riconoscendo, in capo al condannato che si trovi nelle condizioni stabilite, un vero e proprio diritto a che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato, al fine di accertare se la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

Di notevole interesse è anche la **sentenza n. 274 del 1983** per la declaratoria di illegittimità costituzionale, ivi contenuta, dell'art. 54 della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione di pena ai soli fini del computo della quantità di pena da scontare per l'ammissione alla liberazione condizionale. La Corte sottolinea che - fermo il presupposto della liberazione condizionale, concedibile solo al condannato che abbia tenuto, durante il tempo di esecuzione della pena, un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo "ravvedimento" - «la possibilità di acquisire una riduzione della pena incentiva e stimola nello stesso soggetto la sua attiva collaborazione all' "opera di rieducazione"». Così, nel premiare il comportamento del condannato, che è invogliato a partecipare all'opera della sua rieducazione e ad assecondarla rendendola meno difficile e più efficace, la riduzione della pena si raccorda sul piano teleologico con il presupposto della liberazione condizionale, e cioè con il risultato della rieducazione medesima, sollecitando e corroborando il ravvedimento del condannato ed il conseguente suo reinserimento nel corpo sociale. Finalità questa, continuano ancora i Giudici costituzionali, che il vigente ordinamento penitenziario, in attuazione del precetto del terzo comma dell'art. 27 Cost., persegue per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani, ai quali è esteso l'istituto della liberazione condizionale *ex lege* n. 1634 del 1962 (in proposito si veda anche la **sentenza n. 264 del 1974**, che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 27, comma 3, della Cost., dell'art. 22 c.p., faceva perno, tra l'altro, proprio sull'ammissibilità dei condannati all'ergastolo alla liberazione condizionale, in quanto essa «consente l'effettivo reinserimento [...] nel consorzio civile»).

Un ulteriore passaggio verso il riconoscimento dell'istituto della liberazione condizionale quale strumento finale del disegno di recupero del condannato nella società civile è stato compiuto dalla Corte costituzionale con la **sentenza n. 282 del 1985**. Con tale pronuncia, infatti, i Giudici delle leggi sottolineano proprio la circostanza che la liberazione condizionale costituisce «attuazione *ante litteram*, dei principi espressi dall'art. 27, terzo comma, Cost.» e, oltre a realizzare la finalità rieducativa della pena, rende "più umana" la stessa pena, evitando al condannato la parte centrale o finale della detenzione, cioè la fase più inumanamente afflittiva di quest'ultima. Ancora, secondo la Corte, la liberazione condizionale «impedisce che la finalità special-preventiva [...] vada oltre il suo scopo: diviene, infatti, inutile, la prosecuzione dell'esecuzione della pena detentiva quando il condannato si dimostri sicuramente ravveduto. In definitiva, secondo la Corte, con la liberazione condizionale «la funzione rieducativa della pena prevale, [...], ai sensi [...] dell'art. 27, terzo comma, Cost., sull'esigenza retribuzionistica».

La **sentenza n. 161 del 1997** si immette senza soluzioni di continuità nell'ambito di questo processo di trasformazione che ha avuto il merito di far prevalere le valenze rieducative dell'istituto su quelle meramente sanzionatorie. Con tale pronuncia, la Corte dichiara, infatti, l'incostituzionalità dell'art. 177, comma 1, c.p. «nella parte in cui non prevede che il condannato all'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistono i relativi presupposti»; invero, nel caso contrario, come si legge nella motivazione della sentenza, il mantenimento di questa preclusione assoluta equivarrebbe, per l'ergastolano, ad una sua permanente esclusione dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in palese contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., efficace anche nei confronti degli ergastolani.

Con la **sentenza n. 418 del 1998**, la Corte ritorna sulla problematica del divieto degli automatismi in relazione ai casi di revoca automatica di benefici concessi proprio in vista dei percorsi rieducativi del condannato (si vedano, in proposito, le **sentenze n. 306 del 1993; n. 186 del 1995; nn. 173 e 296 del 1997**), dichiarando l'illegittimità costituzionale, ancora una volta, dell'art. 177, comma 1, c.p. nella parte in cui prevede «la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio». Il carattere automatico della revoca, secondo la Corte, non consentirebbe al giudice «di valutare se il soggetto, che ha posto in essere una possibile causa di revoca, nonostante ciò non abbia abbandonato ed effettivamente prosegua il percorso rieducativo cui è finalizzata l'esecuzione della pena». Per ciò che concerne più propriamente la valutazione del ravvedimento del condannato, da ultimo, si segnala la **sentenza n. 138 del 2001**, nella quale ritenendo pienamente coerente con la finalità rieducativa la condizione espressa dell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato, si precisa che «anche qualora si volesse attribuire al concetto di "rieducazione", evocato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, un contenuto "minimale" e puramente "negativo" - limitandolo al solo rispetto della "legalità esteriore" e, cioè, all'acquisizione dell'attitudine a vivere senza commettere (nuovi) reati - resta il fatto che una prognosi sicuramente favorevole su tale versante non può prescindere dalla valutazione di comportamenti che rivelino l'acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale». Da ciò consegue che, qualora il condannato non abbia i mezzi adeguati per l'adempimento delle obbligazioni civili, l'indice dell'avvenuta rieducazione dovrà essere tratto da altre forme alternative di ravvedimento: «la circostanza, infatti, che pure in simile evenienza il condannato dimostri solidarietà nei confronti della vittima, interessandosi delle sue condizioni e facendo quanto è possibile per lenire il danno provocato, anziché assumere un atteggiamento di totale indifferenza, non può non avere [...] un particolare peso nella verifica dei risultati del percorso rieducativo».

### **6.5.5. La grazia**

Un istituto che la Corte considera funzionale alla realizzazione della finalità rieducativa è la grazia: nella **sentenza n. 200 del 2006** si legge, infatti, che la funzione della grazia è

«quella di attuare i valori costituzionali consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il "senso di umanità", cui devono ispirarsi tutte le pene, [...] non senza trascurare il profilo di "rieducazione" proprio della pena».

Di particolare interesse è, sul punto, la **sentenza n. 134 del 1976** che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità dell'art. 596, terzo capoverso, c.p.p. – nella parte in cui prevede la revoca della grazia in caso di mancato adempimento delle condizioni stabilite nel decreto di concessione – ha concluso che «l'apposizione di condizioni alla grazia corrisponde ad una fondamentale esigenza di natura equitativa che consente la individualizzazione del provvedimento di clemenza in un senso logicamente parallelo alla individualizzazione della pena», e «tende a temperare il rigorismo della applicazione pura e semplice della legge penale mediante un atto che non sia di mera clemenza, ma che, in armonia col vigente ordinamento costituzionale, e particolarmente con l'art. 27 Cost., favorisca in qualche modo l'emenda del reo ed il suo reinserimento nel tessuto sociale». A tale obiettivo sono preordinate le condizioni eventualmente apposte nel decreto di concessione (ad esempio, il risarcimento del danno o il pagamento di una somma alla Cassa delle ammende): «trattasi – infatti – di circostanze che contribuiscono ad evidenziare un comportamento del reo, suscettibile di considerazione positiva ai fini della valutazione della sua personalità, e quindi della concreta possibilità di un suo recupero sociale».

#### ***6.5.6. La legittimità di trattamenti differenziati: la posizione del minore***

Il campo in cui, più di tutti, si avverte l'esigenza di una individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in funzione della rieducazione del condannato, è quello della giustizia minorile che, secondo la Corte, ha una struttura particolare proprio «in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni» (**sentenza n. 25 del 1964**). Appare, pertanto, non solo opportuno ma necessario garantire al minore un giudizio da parte di un giudice *ad hoc*: in quest'ottica, «il tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, [...] ben può essere annoverato tra quegli "istituti" dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla "protezione della gioventù", con «la particolare struttura del collegio giudicante (composto, accanto ai magistrati togati, da esperti, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia), [con] gli altri organi che ne preparano o fiancheggiano l'operato, nonché [con] le peculiari garanzie che assistono l'imputato minorenne nell'iter processuale» (**sentenza n. 222 del 1983**). Tutto ciò «in vista soprattutto - almeno per quanto più specificamente attiene al settore penale - dell'essenziale finalità del recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale» (**sentenza n. 78 del 1989**), «in armonia con la meta additata dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, nonché dall'art. 14, paragrafo 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (adottato a New York il 19 dicembre 1966 e la cui ratifica ed esecuzione sono state disposte con legge 25 ottobre 1977, n. 881), a norma del quale la procedura applicabile ai minorenni rispetto alla legge penale dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro

rieducazione» (ancora **sentenza n. 222 del 1983**). La **sentenza n. 78 del 1989** sopracitata ha dichiarato illegittimi gli artt. 263 c.p.m.p. e 9 del r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, «nella parte in cui sottraggono al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle forze armate». In essa la Corte, dopo aver posto a confronto le due "giurisdizioni" ed aver osservato che, mentre quella dei tribunali militari deve essere intesa «come [...] eccezionale, circoscritta entro limiti rigorosi», invece «i tribunali per i minorenni, che rientrano tra le istituzioni di cui al secondo comma dell'art. 31 Cost., devono essere [...] favoriti [...] ad essenziale protezione della gioventù», insiste nel sottolineare che «la giustizia minorile è diretta, in modo specifico, alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni e che il mondo minorile necessita di valutazioni, da parte del giudice, fondate su prognosi particolarmente individualizzate. Ora queste prognosi, sempre difficili, divengono articolate e complicate allorchè sono riferite a minori degli anni diciotto»: di conseguenza esse sono affidate oltre che a giudici togati anche ad esperti «e non possono ritenersi, con pari garanzia, validamente affidate, neppur eccezionalmente (per i soli appartenenti alle forze armate) soltanto a giudici militari togati ed a militari non appartenenti all'ordinamento giudiziario militare»: infatti, «le sanzioni penali applicate ai minorenni tengono [...] conto che il minore degli anni diciotto spesso è portato al delitto da carenze di personalità», con la conseguenza che «l'indagine sulla personalità del minore reclama giudici specializzati, forniti di capacità tecniche particolari [...], che] devono non soltanto adeguatamente vagliare la personalità del minore ma [...anche] individuare il trattamento rieducativo più appropriato».

Proprio perché il «progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa» si presenta «assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile» (**sentenza n. 403 del 1997**, ma anche **n. 109 del 1997**), i Giudici hanno ritenuto illegittimi gli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludevano l'applicazione dell'ergastolo al minore imputabile e, in via consequenziale, anche l'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui non prevedeva che, nei confronti del minore imputabile, fosse applicabile il primo comma dello stesso articolo in caso di concorso tra l'attenuante dell'art. 98 e una o più aggravanti che comportano l'ergastolo, e nella parte in cui prevedeva che, nei confronti del minore, fossero applicabili il primo e terzo comma dello stesso art. 69, in caso di concorso tra l'attenuante dell'art. 98 e una o più aggravanti che accedono ad un reato per il quale è previsto l'ergastolo, nonché l'art. 73, comma 2, c. p., nella parte in cui, in caso di concorso di più delitti commessi da minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la reclusione non inferiore a ventiquattro anni, prevedeva la pena dell'ergastolo (**sentenza n. 168 del 1994**).

La Corte, dopo aver richiamato, per discostarsene, la **sentenza n. 140 del 1993**, che aveva considerato inammissibile una questione in parte analoga, stabilisce che «se l'art. 27, terzo comma, [Cost.] non espone di per sé a censura di incostituzionalità la previsione della pena dell'ergastolo [...], di esso deve darsi una lettura diversa allorchè lo si colleghi con l'art. 31 della Costituzione, che impone una incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale, del trattamento penalistico dei minorenni». Dall'art. 31 Cost. deriva l'incompatibilità della previsione dell'ergastolo per gli infradiciottenni, previsione che «accomuna [...] nel medesimo contesto punitivo, tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile». Secondo i Giudici costituzionali, questa diversificazione è imposta dall'art. 31

Cost., letto alla luce degli obblighi enunciati in numerose convenzioni internazionali, ossia: la Dichiarazione dei diritti del fanciullo della Società delle Nazioni del 1924 ("il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente"), la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ONU, New York, 10 dicembre 1948, "la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza"), la Dichiarazione dei diritti del fanciullo (ONU, New York, 20 novembre 1959, "il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti"), le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (ONU, New York, 29 novembre 1985, cc.dd. "Regole di Pechino", "un minore è un ragazzo o una persona che nel rispettivo sistema legale può essere imputato per un reato, ma non è penalmente responsabile come un adulto", "il sistema della giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all'autore dello stesso", "la tutela del minore deve essere criterio determinante nella valutazione del suo caso"), la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 ("nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni", "la detenzione o l'imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile").

Interpretato in conformità a questi principi, l'art. 27, comma 3, Cost. assume, rispetto ai minorenni, un significato diverso rispetto a quello riferibile alla generalità delle persone, poiché la funzione rieducativa «per i soggetti minori di età è da considerarsi se non esclusiva, certamente preminente» ed anzi, «proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità», ha «una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale» (sempre **sentenza n. 168 del 1994**).

La correlazione fra l'art. 27, comma 3, e l'art. 31 Cost. si rinviene anche nella **sentenza n. 128 del 1987**, che ha concluso per l'incostituzionalità della legge 9 ottobre 1974, n. 632 che, ratificando il trattato in materia di estradizione fra Italia e USA del 18 gennaio 1973, consentiva l'extradizione dell'imputato infraquattordicenne e infradiciottenne anche nei casi in cui l'ordinamento della Parte richiedente non lo considerava minore. Il combinato disposto dei due parametri mette in evidenza come l'interesse del minore, che si pone fra gli interessi costituzionalizzati, debba far intendere la giustizia minorile «diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione», considerato altresì che la pena può tendere alla rieducazione solo se il condannato «è in grado di intenderne il contenuto rieducativo» e di «volere la sua stessa risocializzazione».

D'altra parte, si legge, fra le altre, nella **sentenza n. 125 del 1992**, la «essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale» caratterizza «tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori». La pronuncia richiama, con riferimento alla fase istruttoria, il precedente di cui alla **sentenza n. 46 del 1978**, che ha ritenuto, in via interpretativa, che non potesse estendersi ai minori il divieto di concessione della libertà provvisoria *ex art. 1, comma 1, della legge n. 152 del 1975*, posto che un simile automatismo sarebbe stato in contrasto con

la necessità che le valutazioni del giudice, in materia di carcerazione preventiva, siano «fondate su prognosi ovviamente individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante», poiché non si può «lasciare intentata ogni possibilità di recupero di soggetti non ancora del tutto maturi dal punto di vista psicofisico» (**sentenza n. 46 del 1978**).

«Ad analoghe esigenze deve essere improntato il trattamento del minore anche nella fase esecutiva»: nella già menzionata **sentenza n. 125 del 1992**, i Giudici pervengono ad una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 79, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, censurato nella parte in cui non consente di ritenere che, nei confronti di soggetti minorenni all'epoca dei fatti, le misure alternative alla detenzione - affidamento in prova al servizio sociale e semi libertà - operino con modalità diverse da quelle stabilite in generale dalle disposizioni che le prevedono. Tuttavia, la Corte stigmatizza che «la rigida applicazione anche ai minori dei limiti di pena inflitta e, rispettivamente, scontata, previsti per l'affidamento in prova al servizio sociale e per la semilibertà, comporta che il regime di detenzione in carcere non è differenziato rispetto a quello stabilito dagli adulti e che resta perciò compressa quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della persona del minore e la preminenze della funzione rieducativa richiedono», perché, «rispetto ai minori, è particolarmente pressante l'esigenza che il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

La Corte è tornata sulle problematiche inerenti alle misure alternative con la **sentenza n. 109 del 1997**, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 67 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che esclude l'affidamento in prova al servizio sociale e l'ammissione alla semilibertà per i condannati la cui pena detentiva derivi da conversione di pena sostitutiva, nella parte in cui si applicava ai condannati minori di età al momento della condanna. La motivazione pone l'accento sul «peculiare interesse-dovere dello Stato al ricupero del minore, cui è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva», recupero che «caratterizza tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori e, in particolare, connota il trattamento del minore anche nella fase esecutiva, così che il ricorso all'istituzione carceraria deve essere considerato, per i minori, come ultima *ratio*».

Conseguentemente, «l'assoluta parificazione tra adulti e minori proprio nel campo delle misure alternative alla detenzione non è, indubbiamente, in armonia con i principi che debbono reggere questa materia, risultandone compressa l'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento del condannato minorenne».

In questa stessa prospettiva va inquadrata la **sentenza n. 436 del 1999**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui applica ai minori la regola secondo la quale al detenuto cui sia stata revocata una misura alternativa non possono essere concessi, per un periodo di tre anni dalla emissione del provvedimento di revoca, l'assegnazione al lavoro all'estero, i permessi premio, l'affidamento in prova "ordinario", la detenzione domiciliare, la semilibertà. Argomenta la Corte che «un divieto generalizzato e automatico, di durata triennale, di concessione di tutti i benefici penitenziari elencati, in conseguenza della revoca di una qualunque delle misure alternative [...] contrasta con il criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi, e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso

per caso, in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura, della idoneità di questa a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile».

Alla necessità di evitare rigidi automatismi la Corte si richiama con frequenza, poiché le preclusioni automatiche di misure alternative alla detenzione, di misure premiali etc. impediscono «quelle valutazioni flessibili ed individualizzate sulla idoneità ed opportunità delle misure o dei benefici medesimi, che sono invece necessarie perché l'esecuzione della pena e in genere la disciplina delle restrizioni alla libertà personale siano conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore» (**sentenza n. 450 del 1998**).

Questo principio era già stato affermato nella **sentenza n. 403 del 1997**, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 30-ter, comma 5, della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui riferisce ai minorenni il divieto di concessione di permessi premio nei due anni che fanno seguito a una condanna o ad una imputazione per un nuovo delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale. La Corte sottolinea una serie di elementi estremamente vincolanti: «il rigido automatismo dell'esclusione [...]; la durata indifferenziata dell'esclusione, tale da comportare in effetti, nella più parte dei casi [...] l'impossibilità di concedere permessi premio lungo l'intero arco dell'esecuzione della pena; la conseguente impossibilità di utilizzare nei riguardi del condannato minore uno strumento [...] spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro [...] e dunque impedisca di perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa, assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile» e conclude che: «tutto ciò conduce a ritenere irrimediabilmente compromesse, dalla norma in questione in quanto applicata indifferenziatamente ai minori, le specifiche esigenze costituzionali che debbono informare il diritto penale minorile».

A tale pronuncia ha fatto seguito la **sentenza n. 450 del 1998** già ricordata, che, nell'affermare l'incostituzionalità dell'art. 30-ter, comma 4, lettera c), della precitata legge nella parte in cui applica ai minorenni la regola secondo cui è preclusa la concessione di permessi premio ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4-bis dello stesso ordinamento penitenziario prima che abbiano scontato almeno la metà della pena, con un massimo di dieci anni, conferma, ancora una volta, come «la rigida preclusione alla concessione di permessi premio [...] dettata dal legislatore in modo indiscriminato, senza riguardo, ancora una volta, alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile», venga «a contrastare con tali esigenze, risolvendosi in un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili ed individualizzate, in ordine all'impiego di un istituto [...] strumento essenziale per perseguire efficacemente il progressivo reinserimento della persona detenuta nella società».

Sulla stessa linea interpretativa si colloca la **sentenza n. 16 del 1998**, in cui è stata affrontata la questione di costituzionalità dell'art. 59 della legge n. 689 del 1981, dichiarato illegittimo nella parte in cui non esclude che le condizioni soggettive in esso previste per l'applicazione delle sanzioni sostitutive si estendano agli imputati minorenni: «il contrasto riguarda l'art. 31 della Costituzione, nel suo collegamento con l'art. 27, terzo comma, non

potendo ritenersi osservante del principio della protezione della gioventù un regime che collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore facendo operare in sede di cognizione il rigido automatismo che è insito nella previsione della norma denunciata, la quale preclude ogni valutazione del caso concreto, tanto da impedire [...] la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita dalle sanzioni sostitutive, desumibile anche dalle condizioni e dagli scopi che ne consentono l'accesso. Primi fra tutti la personalità e le esigenze di lavoro o di studio del minore nonché le sue condizioni familiari, sociali e ambientali».

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

**PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE  
(DIRITTO PROCESSUALE PENALE )**

*Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale  
delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*

Madrid 13 - 15 ottobre 2011

\*\*\*

*a cura di P. Gaeta*

ottobre 2011



**PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE  
(DIRITTO PROCESSUALE PENALE )**

*Quaderno predisposto in occasione del XII incontro trilaterale con i  
Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*



# INDICE

<b>1. INTRODUZIONE.</b> .....	<b>9</b>
<b>2. I PRINCIPI</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1. Contraddittorio</b> .....	<b>10</b>
2.1.1. <i>Il contraddittorio per la prova nel “nuovo” art. 111 Cost.</i> .....	10
2.1.2. <i>Il contraddittorio “in senso soggettivo”: la centralità della garanzia dell'imputato.</i> .....	15
2.1.3. <i>Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova:</i> .....	24
2.1.3.1. <i>Il consenso dell'imputato</i> .....	24
2.1.3.2. <i>La provata condotta illecita</i> .....	26
<b>2.2. Diritto di difesa</b> .....	<b>28</b>
2.2.1. <i>Il contraddittorio come strumento essenziale del diritto di difesa Il diritto di difesa</i> .....	28
2.2.2. <i>L'estensione del diritto di difesa alle varie forme di procedimento</i> .....	29
2.2.3. <i>L'estensione del diritto di difesa alla fase dell'istruttoria sommaria e delle indagini preliminari (c.p.p. 1930).</i> .....	31
2.2.4. <i>La contestazione dell'addebito e l'interrogatorio dell'imputato quali strumenti essenziali del diritto di difesa.</i> .....	34
2.2.5. <i>La presenza del difensore e la difesa tecnica quali momenti indefettibili del diritto di difesa.</i> .....	38
2.2.6. <i>Il bilanciamento: la difesa “modulata” al rito.</i> .....	41
2.2.7. <i>La difesa d'ufficio</i> .....	43
2.2.8. <i>L'autodifesa.</i> .....	44
<b>2.3. Parità delle parti</b> .....	<b>48</b>
<b>2.4. Ragionevole durata del processo.</b> .....	<b>55</b>
<b>2.5. Immediatezza ed identità del giudice.</b> .....	<b>58</b>
<b>3. I SOGGETTI</b> .....	<b>60</b>
<b>3.1. Il giudice</b> .....	<b>60</b>
3.1.1. <i>Indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice</i> .....	60
3.1.2. <i>Giudice naturale, precostituzione e capacità del giudice.</i> .....	62
3.1.3. <i>L'incompatibilità del giudice.</i> .....	64
<b>3.2. Il pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione.</b> .....	<b>66</b>
3.2.1. <i>I prodromi: la progressiva delimitazione dei poteri del p.m. nel c.p.p. del 1930.</i> .....	66
3.2.2. <i>Collocazione costituzionale del p.m., funzione giurisdizionale ed art.25 Cost.</i> .....	67
3.2.3. <i>Ruolo/poteri del pubblico ministero e garanzie dell'imputato/indagato.</i> .....	71

3.2.4. <i>Il problema del monopolio dell'obbligatorietà dell'azione.</i> .....	73
3.2.5. <i>Obbligatorietà dell'azione penale e condizioni di procedibilità.</i> .....	74
3.2.6. <i>Obbligatorietà dell'azione, indipendenza del p.m. ed eguaglianza dei cittadini.</i> .....	76
3.2.7. <i>Il riconoscimento del p.m. quale "potere dello Stato" nei conflitti di attribuzione.</i> .....	79
<b>3.3. L'imputato</b> .....	<b>83</b>
3.3.1. <i>(Rinvio)</i> .....	83
3.3.2. <i>L'infermità mentale dell'imputato.</i> .....	83
<b>3.4. Le parti private del processo</b> .....	<b>85</b>
3.4.1. <i>La garanzia di difesa della persona offesa.</i> .....	85
3.4.2 <i>Il ruolo della parte civile e la citazione del responsabile civile.</i> .....	86
3.4.3. <i>Il divieto di costituzione di parte civile nel processo minorile.</i> .....	90
<b>4. IL RITO</b> .....	<b>92</b>
<b>4.1. Le indagini preliminari</b> .....	<b>92</b>
4.1.1. <i>La durata delle indagini preliminari.</i> .....	92
4.1.2. <i>L'obbligo di svolgere indagini anche in favore dell'indagato</i> .....	93
4.1.3. <i>L'incidente probatorio.</i> .....	94
4.1.4. <i>L'efficacia "probatoria" degli atti delle indagine preliminari.</i> .....	95
<b>4.2. L'udienza preliminare</b> .....	<b>99</b>
<b>4.3. La prova dibattimentale</b> .....	<b>102</b>
4.3.1. <i>La prova dichiarativa.</i> .....	102
<b>4.4. I riti speciali</b> .....	<b>106</b>
4.4.1. <i>La compatibilità costituzionale del patteggiamento.</i> .....	106
4.4.2. <i>Il giudizio abbreviato.</i> .....	112
<b>4.5. Misure cautelari e libertà personale</b> .....	<b>117</b>
4.5.1. <i>Presunzione di non colpevolezza e misure cautelari.</i> .....	117
4.5.2. <i>La facoltà del legislatore di individuare i casi in cui può essere adottata in via generale una misura limitativa della libertà personale ed i relativi limiti.</i> .....	121
4.5.3. <i>La facoltà del legislatore di individuare in via generale il tipo di misura cautelare necessaria ed i relativi limiti.</i> .....	122
4.5.4. <i>La presunzione di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ante riforma del 2009</i> .....	123
4.5.5. <i>La presunzione assoluta - anziché soltanto relativa - di adeguatezza della sola custodia in carcere ex art. 275, comma 3, c.p.p. dopo la novella del 2009.</i> .....	124
4.5.6. <i>Sui limiti massimi della custodia cautelare.</i> .....	133

<b>4.6. Le impugnazioni .....</b>	<b>140</b>
4.6.1. <i>Sul principio del doppio grado di giurisdizione di merito.....</i>	<i>140</i>
4.6.2. <i>Sul fondamento del potere di impugnazione del pubblico ministero .....</i>	<i>141</i>



## 1. INTRODUZIONE.

Nell'ultimo ventennio, l'intervento della giurisprudenza costituzionale sul processo penale italiano è stato evento di straordinaria rilevanza per la ricerca di un definitivo assetto del rito penale.

All'indomani del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, recante l' "Approvazione del codice di procedura penale" – entrato poi in vigore un anno dopo la pubblicazione in Gazzetta (G.U. n. 250 del 24 ottobre 1988) – si profilava la necessaria verifica di conformità del nuovo rito penale ai principi costituzionali: riscontro delicato e complesso, considerata la completa cesura rispetto al passato attuata dal nuovo modello processuale. Così, dai tratti propri di un sistema a forte impronta inquisitoria – le cui aperture "garantiste" erano state, a loro volta, faticosamente ricavate attraverso la certossina ermeneutica del Giudice delle leggi – il processo penale virava verso l'approdo accusatorio, tutto "sperimentale" per l'ordinamento italiano: sia quanto a principi, che quanto a cultura e, persino, ad organizzazione e strutture. Un processo che, tra l'altro, promuoveva la formazione "pubblica" della prova in contraddittorio nella piena parità tra le parti; la possibilità deflattiva di riti alternativi; il vaglio giurisdizionale sull'esercizio (come anche sul mancato esercizio) dell'azione; un processo, insomma, che modificava radicalmente la stessa prospettiva della giurisdizione penale risultava, per ciò stesso, necessariamente bisognoso di una attenta ed intelligente calibratura rispetto ai principi costituzionali.

A ciò si è aggiunta la circostanza che, a dieci anni esatti dall'entrata in vigore del nuovo modello processuale, il legislatore ha inserito in Costituzione le testate d'angolo del c.d. "giusto processo legale", attraverso le modifiche, apportate con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, all'art. 111, la cui attuazione e traduzione codicistica è poi avvenuta, sia pure in parte, con la legge 1 marzo 2001, n. 63.

La rinnovata "legalità" delle forme del processo ribadita nel nuovo testo costituzionale e nella legge ordinaria di attuazione hanno impegnato la Corte in una ulteriore, delicata mediazione ermeneutica: fornire una lettura degli inediti istituti e delle inusitate sequenze procedurali del nuovo rito attraverso i "nuovi" principi della Carta, con l'accortezza di bilanciare l'affermazione delle garanzie fondamentali nel processo con le ineliminabili, fondamentali esigenze di efficienza della giurisdizione. Tutto ciò è avvenuto, peraltro, mentre sullo sfondo sovranazionale, si delineava progressivamente il sempre più incisivo intervento della giurisprudenza della Corte EDU sui temi delle garanzie nel processo, attraverso una sistematica elaborazione di dettaglio delle garanzie contenute nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

## 2. I PRINCIPI

### 2.1. Contraddittorio

#### *2.1.1. Il contraddittorio per la prova nel “nuovo” art. 111 Cost.*

Molteplici, com'è intuitivo, sono stati i profili affrontati dalla giurisprudenza costituzionale nella elaborazione dei principi che conformano il giusto processo. Può anzi affermarsi che la novella costituzionale del 2001 ha trovato nella sensibilità ed attenzione del Giudice delle leggi l'ideale sinergia per la concreta attuazione delle previsioni normative. Ovviamente, non è possibile in questa sede (e per le finalità proprie di questo quaderno di documentazione) ripercorrere l'integrale evoluzione della giurisprudenza della Corte che, sulla specifica tematica dell'acquisizione della prova, precede la riforma costituzionale dell'art. 111. E' invece di più immediata attualità valutare le sinergie creatisi tra il portato innovativo del precetto costituzionale sul tema del contraddittorio e gli interventi – di chiarificazione, precisazione, collegamento sistematico – di esso operati dalla Corte.

La prova di una ritrovata sensibilità per il nuovo assetto assiologico del contraddittorio è la prontezza con la quale la Corte, all'indomani della riforma dell'art. 111 Cost., “rivede” il problema della compatibilità costituzionale dell'art. 512 c.p.p. in ordine alle letture delle dichiarazioni già rese nelle indagini del testimone prossimo congiunto astenutosi in dibattimento. E' questo l'oggetto della **sentenza n. 440 del 2000**, prima pronuncia “di merito” parametrata sul novellato art. 111 Cost.

La Corte, con la sentenza n. 179 del 1994, aveva già statuito sull' art. 512 c.p.p., affermando, in via interpretativa, che, una volta che il prossimo congiunto, ritualmente avvisato della facoltà di astenersi dal deporre, avesse rinunciato a tale facoltà e reso dichiarazioni alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, le dichiarazioni stesse risultavano legittimamente assunte e, ove il dichiarante avesse poi deciso di astenersi dalla testimonianza dibattimentale, «pur se in seguito all'esercizio di un diritto, si determina comunque quella oggettiva e non prevedibile impossibilità di ripetizione dell'atto dichiarativo che, ai sensi dell'art. 512, consente di dare lettura degli atti assunti anteriormente al dibattimento».

La Corte, nella pronuncia del 2000, rileva immediatamente che il quadro normativo in base al quale era stata pronunciata la sentenza interpretativa n. 179 del 1994 è in effetti «radicalmente mutato» a seguito delle modifiche introdotte nell'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale n. 2 del 1999.

Invero, il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del quarto comma, mediante la formulazione «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel terzo comma del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata «la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». Il principio trova poi una specifica puntualizzazione nella regola, dettata dalla seconda parte del quarto comma, secondo cui la «colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla

base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Contestualmente, l'art. 111 Cost. prevede nel quinto comma che eccezionalmente, nei casi regolati dalla legge, «la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

I contenuti della disciplina costituzionale del principio del contraddittorio e delle relative deroghe sono sufficienti a dimostrare che l'interpretazione riservata all'art. 512 cod. proc. pen. dalla sentenza n. 179 del 1994 non è più compatibile con il nuovo quadro normativo.

La Corte aveva allora ritenuto costituzionalmente imposta, anche alla luce delle sentenze nn. 254 e 255 del 1992 e del principio di non dispersione dei mezzi di prova in esse affermato, una interpretazione estensiva dell'art. 512 cod. proc. pen., tale da qualificare l'esercizio della facoltà del prossimo congiunto dell'imputato di astenersi dal deporre come una causa di «oggettiva e non prevedibile impossibilità di ripetizione dell'atto dichiarativo», che consente di dare lettura degli atti assunti anteriormente al dibattimento. Per la sua generica formulazione, l'art. 512 cod. proc. pen. fu così ritenuto idoneo a comprendere tra i fatti (o le circostanze) imprevedibili che rendono impossibile la ripetizione dell'atto anche quelli che, pur se dipendenti dalla volontà del dichiarante (come nel caso disciplinato dall'art. 199 cod. proc. pen.), di fatto determinano comunque l'impossibilità di procedere all'esame dibattimentale.

Tale conclusione non è peraltro più consentita dal tenore del quarto e del quinto comma dell'art. 111 Cost.: i precetti costituzionali si pongono infatti rispetto alla legge ordinaria non solo come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità.

In particolare, l'interpretazione estensiva dell'art. 512 cod. proc. pen. è chiaramente incompatibile con la sfera di applicazione della specifica ipotesi di deroga al contraddittorio «per accertata impossibilità di natura oggettiva» prevista dal quinto comma dell'art. 111 Cost. Ove si consideri anche il testuale riferimento, contenuto nell'art. 111, quarto comma, Cost., alle «dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio», il richiamo alla «impossibilità di natura oggettiva» non può che riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sé rendono non ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo, così come d'altronde emerge dagli stessi lavori parlamentari (vedi Senato, sedute del 18 febbraio 1999, e Camera, Commissione Affari costituzionali, seduta del 28 aprile 1999 e Relazione presentata il 16 luglio 1999). Ne deriva che tra le cause di impossibilità di «natura oggettiva» previste dall'art. 111, quinto comma, Cost. non può essere compreso l'esercizio della facoltà legittima di astenersi dal deporre, che è appunto riconosciuta al prossimo congiunto dell'imputato, attribuendosi rilievo ad una sua manifestazione di volontà.

Alla luce della nuova formulazione dell'art. 111 Cost., l'art. 512 cod. proc. pen. va quindi interpretato nel senso che non è consentito dare lettura delle dichiarazioni in precedenza rese dai prossimi congiunti dell'imputato che in dibattimento si avvalgono della facoltà di astenersi dal deporre a norma dell'art. 199 cod. proc. pen., in quanto tale situazione non rientra tra le cause di natura oggettiva di impossibilità di formazione della prova in contraddittorio. La relativa questione di costituzionalità va pertanto dichiarata non fondata,

essendo basata su un presupposto interpretativo superato dal mutato quadro normativo.

A suggello del “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale nell’ermeneutica del principio del contraddittorio intervengono, a distanza di poco tempo, due pronunce: la **sentenza n. 32 del 2002** e l’**ordinanza n. 36 del 2002**.

Oggetto della **sentenza n. 32 del 2002** erano le questioni di legittimità costituzionale relative al divieto della testimonianza indiretta per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, introdotto dall’art. 4 della legge 1° marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell’art. 111 della Costituzione) nell’art. 195, comma 4, del codice di procedura penale, sollevate, con varie ordinanze di diverse autorità giudiziarie, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione. Il nucleo essenziale delle questioni di legittimità costituzionale investiva il supposto contrasto dell’art. 195, comma 4, cod. proc. pen. con l’art. 3 Cost., sotto il profilo dell’irragionevole disparità della disciplina riservata agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, per i quali è previsto il divieto di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., rispetto alle regole dettate in caso di testimonianza indiretta per gli altri testimoni. I rimettenti –richiamando le argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza n. 24 del 1992, che aveva dichiarato illegittimo il divieto di testimonianza indiretta per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria contemplato nell’originaria formulazione del comma 4 dell’art. 195 cod. proc. pen. – lamentavano l’irragionevole disparità di trattamento riservata a tali soggetti rispetto alla disciplina generale della testimonianza indiretta prevista nei primi tre commi della norma impugnata, in base alla quale qualsiasi persona può e deve deporre sui fatti di cui abbia avuto conoscenza da altri; disparità tanto più irragionevole in quanto, malgrado le modifiche apportate all’art. 197 cod. proc. pen. dalla legge n. 63 del 2001, nei confronti degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria continua a non essere prevista alcuna incompatibilità con l’ufficio di testimone.

Ai giudici rimettenti – che chiedevano, in sostanza, alla Corte di dichiarare illegittimo il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, appellandosi alle argomentazioni svolte nella sentenza n. 24 del 1992, che aveva appunto dichiarato illegittima l’originaria formulazione dell’art. 195, comma 4, cod. proc. pen. – la Corte evidenzia che, rispetto al momento in cui è stata emessa tale sentenza, è profondamente mutato non solo il sistema delle norme che disciplinano l’attività investigativa della polizia giudiziaria e il regime della lettura degli atti irripetibili, ma, ciò che più conta, il quadro di riferimento costituzionale, ora integrato dalla previsione, contenuta nella prima parte del quarto comma dell’art. 111 Cost., del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Da questo principio, con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore).

Nel dare attuazione al principio costituzionale la legge n. 63 del 2001 ha appunto previsto il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute dalle persone informate sui fatti con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere b) e c), cod. proc. pen., al fine di evitare che tali dichiarazioni

possano surrettiziamente confluire nel materiale probatorio utilizzabile in giudizio attraverso la testimonianza sul loro contenuto resa da chi le ha raccolte unilateralmente nel corso delle indagini preliminari. Il divieto risulta quindi coerente con la regola di esclusione probatoria dettata nel nuovo testo dell'art. 500, comma 2, cod. proc. pen., in base alla quale le dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari e lette per le contestazioni in dibattimento "possono essere valutate ai fini della credibilità del teste", ma non utilizzate come prova dei fatti in esse affermati (v. ordinanza n. 36 in data odierna).

La disciplina censurata, lungi dal determinare una irragionevole disparità di trattamento della testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria rispetto a quella dei privati, risponde quindi all'esigenza, costituzionalmente garantita, di evitare che, attraverso la testimonianza degli operatori di polizia giudiziaria, possa essere introdotto come prova in giudizio il contenuto di dichiarazioni consacrate in verbali di cui è vietata l'acquisizione, salva l'ipotesi, contemplata dall'art. 512 cod. proc. pen., che di tali verbali venga data lettura per essere divenuta impossibile l'assunzione della prova in dibattimento per fatti o circostanze imprevedibili.

In quest'ottica si inserisce anche l'innovazione al testo originario dell'art. 195, comma 4, cod. proc. pen. introdotta dalla legge n. 63 del 2001, secondo cui la testimonianza indiretta non è vietata negli "altri casi", cioè quando non ha per oggetto informazioni consacrate in verbali: non presentandosi l'esigenza di evitare l'aggiramento della regola di esclusione probatoria, non sussiste alcun profilo di irragionevolezza nella disciplina che consente in tali situazioni di applicare le regole generali in tema di testimonianza indiretta.

Nella **ordinanza n. 36 del 2002**, la Corte affronta la nevralgica questione della compatibilità costituzionale – in riferimento agli artt. 2, 3, 24, primo comma, 25, secondo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione – dell'art. 500, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e valutate ai fini della credibilità del teste, possano essere acquisite e valutate anche come prova dei fatti in esse affermati, se sussistono altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

Il nucleo comune delle censure ruotava attorno alla pretesa elusione del "principio di non dispersione dei mezzi di prova", individuato dalla Corte nella sentenza n. 255 del 1992 e reputato dai remittenti ancora in linea con il vigente quadro costituzionale; alla violazione del principio di ragionevolezza, della garanzia giurisdizionale dei diritti e della obbligatorietà ed indisponibilità della azione penale; alla vanificazione, infine, dell'obbligo di motivazione e del principio di libero convincimento del giudice, in quanto gli sarebbe imposto, "...anche nel caso in cui sia motivatamente convinto della veridicità delle dichiarazioni oggetto di contestazione, di prescindere dalle stesse e di giungere così ad una decisione che contraddice il suo convincimento".

La Corte, dichiarando manifestamente infondate le questioni, rileva preliminarmente come l'art. 111 della Costituzione abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti. Alla stregua di siffatta opzione, appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento – nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio – da contaminazioni probatorie fondate su atti

unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari (vedi sentenza n. 32, in pari data). Dunque, si spiega l'esigenza di impedire che l'istituto delle contestazioni – proprio perché configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio – si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di quelle dichiarazioni; esigenza, questa, che la composita disciplina dettata dall'art. 500 del codice di rito ha soddisfatto con la attuale formulazione, prevedendo, da un lato, un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni e, dall'altro, ipotesi di eccezionale utilizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dall'esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi in questione.

Il censurato regime di esclusione probatoria – frutto di una precisa scelta che il legislatore ha compiuto in attuazione dei principi sanciti dall'art. 111 della Costituzione – non determina alcuna lesione dei parametri costituzionali variamente richiamati dai giudici rimettenti, posto che la stessa Costituzione, nel nuovo testo dell'art. 111, prevede espressamente, fra i casi in cui la legge può stabilire che la prova non abbia luogo in contraddittorio, l'ipotesi in cui quest'ultimo non possa realizzarsi "per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita", stabilendo una disciplina sulla formazione della prova che il legislatore è tenuto a rendere effettiva, senza eccedere dai confini ora costituzionalmente imposti. Secondo la Corte, del pari inconferente si rivela il richiamo al libero convincimento del giudice, così come quello al preteso affievolimento che la disciplina impugnata determinerebbe sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti e della obbligatorietà della azione penale, posto che, per un verso, il libero convincimento del giudice non può che riferirsi alle prove legittimamente formate ed acquisite; e che, sotto altro profilo, il diritto di azione – pubblica e privata – e il diritto di difesa non possono ritenersi lesi dalle prospettate "limitazioni", le quali si configurano come la naturale e coerente conseguenza di scelte sistematiche, in linea con i principi costituzionali. Inconsistenti si rivelano altresì le censure relative alla violazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, variamente dedotte, ma prevalentemente incentrate sul profilo che la motivazione, per esser tale, "deve essere coerente e priva di vizi logici e non può sopportare quindi regole che impongano di adottare, invece, contraddizioni"; è del tutto evidente, infatti, che i limiti probatori relativi alle dichiarazioni lette per le contestazioni non incidono affatto sulla coerenza intrinseca della motivazione che il giudice è chiamato a svolgere – in positivo o in negativo – sul complesso della deposizione testimoniale, quale risultante all'esito delle contestazioni, e sullo scrutinio in punto di credibilità, posto che, ove così non fosse – ed a portare alle estreme conseguenze il ragionamento dei giudici *a quibus* – qualsiasi prova non utilizzabile (perché, ad esempio, assunta contro i divieti previsti dalla legge) comprometterebbe l'obbligo di motivazione, per il sol fatto di essere apparsa "persuasiva" nel foro interno del giudicante

Dopo queste iniziali pronunce, costituenti altrettanti capisaldi dell'ermeneutica sul principio del contraddittorio, la Corte ne ha ribadito il valore euristico, di "metodo" oggettivo dell'accertamento penale.

Con una serie di pronunce (**ordinanze nn. 292 e 293 del 2002 e n.325 del 2003**), ha cioè evidenziato che, con la previsione costituzionale, "il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio":

essa esprime una generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi eccezionali, contemplati dal quinto comma dell'art. 111 Cost., di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio e di provata condotta illecita.

### **2.1.2. Il contraddittorio “in senso soggettivo”: la centralità della garanzia dell'imputato.**

In tempi più recenti, la giurisprudenza costituzionale sul principio del contraddittorio sembra virare verso una più spiccata valorizzazione di esso come essenziale “garanzia dell'imputato”: vale a dire, quale pregnante aspetto del diritto di difesa, piuttosto che quale “metodo oggettivo” di accertamento dei fatti processuali.

La **sentenza n. 117 del 2007** affronta un dubbio di costituzionalità di portata considerevole: quello della compatibilità del processo celebrato *in absentia* con il principio del contraddittorio. Invero, il rimettente dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420–quater, comma 1, e 484 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevedono la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità», evidenziando, in particolare, che, a seguito delle innovazioni apportate all'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, l'esigenza del contraddittorio trascende la tutela delle posizioni soggettive delle parti e costituisce un'indefettibile connotazione del processo, sicché, ove questo si svolgesse senza effettivo contraddittorio, sarebbe un "simulacro" di processo.

La Corte ritiene non fondata la questione ed argomenta che, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio, da essa non possono trarsi, ai fini della soluzione della questione proposta, le conseguenze prospettate con l'ordinanza di rimessione.

L'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», in realtà non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa. Mentre, infatti, il remittente non chiarisce se l'inutilità dei processi svoltisi senza effettivo contraddittorio sia, in ipotesi, tale da riguardare anche quelli definiti con sentenza di proscioglimento e non dice a chi dovrebbe competere farla valere, il comma quinto della medesima disposizione costituzionale, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato. Si deve ritenere, pertanto, che ciò che conta è pur sempre la tutela del diritto di difesa, al quale, secondo lo stesso remittente, la CEDU non accorda, in tema di processo svoltosi *in absentia*, garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost., tanto che egli la evoca più come fonte ispiratrice del diritto interno in materia e dei criteri per interpretarlo che come autonomo parametro di costituzionalità.

Il problema della compatibilità del principio del contraddittorio con l'acquisizione di accertamenti giudiziali “importati” da altro procedimento penale è l'oggetto della **sentenza n.**

**29 del 2009**, con la quale la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 111, quarto e quinto comma, Cost., dell'articolo 238-*bis* del codice di procedura penale.

Il remittente aveva censurato la suddetta disposizione «laddove consente l'acquisizione dibattimentale delle sentenze divenute irrevocabili ai fini della prova di fatto in esse accertato e, quindi, l'utilizzabilità di tale mezzo di prova documentale oltre i casi e i limiti di efficacia probatoria previsti in via generale dal combinato disposto degli artt. 234 e 236 cod. proc. pen.». Secondo il remittente, poiché dai parametri costituzionali evocati si evince il principio generale che in ciascun processo possono essere utilizzate soltanto le prove formatesi nel contraddittorio tra le parti in esso svoltosi, mentre le eccezioni sono tassativamente indicate nel quinto comma dell'art. 111 Cost., la disposizione censurata, prevedendo un'ipotesi non compresa tra queste ultime, viola i precetti suddetti.

Dopo un'ampia premessa relativa allo svolgimento della normativa, costituzionale e ordinaria, e della giurisprudenza, costituzionale e comune, in tema di acquisizione e valutazione della sentenza irrevocabile emessa in altro processo, la Corte evidenzia come la portata del principio del contraddittorio nella formazione della prova vada individuata in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova. La sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. Ne consegue che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio, se non in ordine all'*an* dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione. Una volta che la sentenza è acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze. Nel corso del dibattito, ai fini della valutazione e utilizzazione in questione, non si potrà non tenere conto del tipo di procedimento (ordinario, abbreviato, con accettazione della pena) in cui la sentenza acquisita è stata pronunciata e, quindi, anche del contraddittorio in esso svoltosi.

D'altra parte, la scelta del legislatore di consentire al giudice di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di altro processo conclusosi con sentenza irrevocabile e di permettere correlativamente alle parti di utilizzare, come elementi di prova, i risultati che da quella sentenza sono emersi – tutto ciò nel quadro delle prospettive eventualmente contrapposte, da misurare, come si è detto, nel contraddittorio dibattimentale – si salda logicamente alla scomparsa, nel nuovo sistema processuale, della pregiudiziale penale: la quale, al contrario, proiettava in termini di vincolatività il giudicato esterno nel processo "pregiudicato". Il tutto sottolineando, per altro verso, come la libertà di valutazione del giudice che acquisisce la sentenza irrevocabile, unita alla necessità di riscontri che ne confermino il contenuto, rappresentino garanzia sufficiente del rispetto delle prerogative dell'imputato, alla cui salvaguardia il parametro costituzionale invocato è stato posto.

In conclusione, alla luce del principio più volte affermato – secondo il quale l'illegittimità costituzionale di una disposizione non consegue alla possibilità di darne un'interpretazione contrastante con precetti della Costituzione, quanto all'impossibilità di adottarne una ad essi conforme, la Corte dichiara non fondata la questione.

Ma è, probabilmente, la **sentenza n. 184 del 2009** ad offrire, nel panorama giurisprudenziale recente, l'esegesi di maggiore sistematicità sul principio del contraddittorio.

Oggetto della questione è il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 442, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, «richiamato dall'art. 556, comma 1», del medesimo codice, «nella parte in cui prevede l'utilizzabilità, nel giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'imputazione – in assenza di situazioni riconducibili ai paradigmi di deroga al contraddittorio dettati dall'art. 111, quinto comma, Cost. – degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, unilateralmente assunti».

Ad avviso del giudice *a quo*, la norma censurata violerebbe, in primo luogo, l'art. 111, secondo e quarto comma, Cost., in quanto, in contrasto con il principio del «contraddittorio nella formazione della prova nella parità delle armi», permetterebbe che facciano ingresso nel processo, ai fini della decisione sul merito della *res iudicanda*, atti formati unilateralmente da uno degli antagonisti: e ciò senza che possa valere, come ragione di deroga al principio, ai sensi del quinto comma dello stesso art. 111, il consenso dell'imputato, giacché tale consenso potrebbe avere ad oggetto solo gli elementi potenzialmente sfavorevoli all'imputato stesso, in quanto raccolti dalle altre parti, e non anche quelli scaturenti da una propria iniziativa d'indagine.

La norma denunciata – nella prospettiva del giudice rimettente – si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 3 Cost., giacché determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra il giudizio ordinario, nel quale per introdurre elementi probatori formati unilateralmente dall'imputato occorre il consenso delle altre parti, e il giudizio abbreviato, in cui – ad onta del trattamento premiale connesso alla scelta del rito alternativo – tale introduzione costituirebbe espressione di un diritto potestativo dell'imputato stesso. L'art. 3 Cost. risulterebbe leso anche sotto l'ulteriore profilo della incoerenza sistematica con la previsione del giudizio abbreviato «condizionato» (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), nel quale l'imputato che voglia ottenere l'assunzione di un mezzo di prova si espone al rischio del rigetto della richiesta del rito alternativo da parte del giudice ed offre al pubblico ministero il diritto alla prova contraria. Tale istituto rimarrebbe, difatti, privo di significato a fronte del contemporaneo riconoscimento all'imputato del diritto potestativo di raccogliere unilateralmente il materiale probatorio, di selezionare solo quello utile a fini difensivi e di ottenerne, poi, incondizionatamente l'utilizzazione nel giudizio abbreviato «ordinario».

La questione è stata ritenuta non fondata dalla Corte.

Essa osserva, quanto al primo dei parametri costituzionali evocati – vale a dire il principio del «contraddittorio nella formazione della prova nella parità delle armi», desumibile dalla disposizione combinata del quarto e del secondo comma dell'art. 111 Cost. – che l'argomento fondante della tesi del rimettente è rappresentato dall'asserita esigenza di offrire una interpretazione non letterale del quinto comma dello stesso art. 111, nella parte in cui prefigura – demandando alla «legge» di regolarne «i casi» – una deroga a tale principio basata sul «consenso dell'imputato».

Secondo il giudice *a quo*, occorrerebbe infatti tener conto della valenza intrinseca del principio stesso – enunciato in rapporto al solo processo penale – il quale postula che le parti siano poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico della prova, e non soltanto di formulare *a posteriori* valutazioni sull'elemento acquisito da una di esse in assenza dell'altra; contrapponendosi, per tal verso, al più generico principio dello svolgimento del processo in contraddittorio, che a mente del secondo comma dell'art. 111 Cost. deve

improntare ogni tipo di processo.

Posto che nel nuovo art. 111 Cost. il concetto di «contraddittorio» risulterebbe evocato in due accezioni distinte – talora, cioè, nell'aspetto «oggettivo» di metodo di accertamento dei fatti; talaltra, invece, nel senso «soggettivo» di garanzia individuale – il rimettente assume che il contraddittorio di cui è parola nel quarto comma rappresenti propriamente una garanzia metodologica di tipo oggettivo, basata sulla convinzione che la formazione della prova con il contributo dialettico di tutte le parti (e alla presenza del giudice) assicuri nel migliore modo il corretto giudizio sui fatti oggetto dell'imputazione.

In questa prospettiva, il contraddittorio nella formazione della prova, in quanto valore funzionale al processo in sé, non sarebbe disponibile unilateralmente da alcuna delle parti. La previsione di una deroga basata sul «consenso» sarebbe giustificabile solo nell'ottica della "fattispecie vicaria": il consenso dimostrerebbe, cioè, la «superfluità» del contraddittorio, potendosi presumere che la parte non rinuncerebbe ad esso, ove ritenesse l'elaborazione dialettica della prova suscettibile di condurre a risultati difformi, e a lei più favorevoli, di quelli forniti dall'atto di indagine unilateralmente espletato.

Affinché possa operare tale presunzione, sarebbe tuttavia indispensabile che il consenso promani dalla parte contrapposta a quella che ha raccolto l'elemento di indagine, e che risulterebbe, quindi, potenzialmente interessata ad escluderlo dal materiale probatorio. Di conseguenza, l'imputato potrebbe abdicare al metodo del contraddittorio solo in rapporto agli elementi di indagine raccolti dal pubblico ministero, e non anche a quelli scaturenti da una sua stessa iniziativa investigativa (la cui acquisizione dovrebbe essere semmai consentita dalla parte pubblica): e ciò anche ad evitare che si produca uno squilibrio inaccettabile alla luce del principio di parità delle parti, sancito dal secondo comma dell'art. 111 Cost.

Secondo la Corte, questi assunti del giudice *a quo* non possono essere condivisi.

Invero, la constatazione che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., si traduca in un «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sentenza n. 32 del 2002) – così da evocare, secondo quanto affermato da questa Corte all'indomani della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, la «dimensione oggettiva» del contraddittorio stesso (sentenza n. 440 del 2000) – non è, di per sé, dirimente circa le prospettive di salvaguardia sottese alla garanzia in parola, configurata dal dettato costituzionale come tipica ed esclusiva del processo penale. Profilo in rapporto al quale viene in precipuo rilievo proprio la previsione derogatoria di cui alla prima parte del quinto comma dello stesso art. 111 e che la citata sentenza n. 440 del 2000 non mancò di ricordare, pur senza approfondirne la valenza.

La Corte rammenta di aver già rimarcato, infatti, che, «a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio», l'«enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale "la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio", non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa», come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, «nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato» (sentenza n. 117 del 2007).

Catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le «garanzie oggettive», ora tra quelle «soggettive» – risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e

delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani.

Il senso della scelta costituzionale, sul versante che qui interessa, è in realtà immediatamente percepibile. Nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul «consenso dell'imputato» (e non già sul «consenso delle parti» o della «parte controinteressata»), ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente – nella volontà del legislatore costituente – uno strumento di salvaguardia «del rispetto delle prerogative dell'imputato» (in questi termini, si veda la sentenza n. 29 del 2009).

Nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove: insieme al suo diritto (storico connotato della difesa dell'accusato) di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (terzo comma), insieme altresì al divieto di provare la sua colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte sua o del suo difensore (quarto comma, secondo periodo), si è infine riconosciuta la sua facoltà di rinunciare unilateralmente all'assunzione delle prove in contraddittorio (quinto comma).

Questa ultima previsione non implica, tuttavia, che il legislatore ordinario sia tenuto a rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio nella formazione della prova, prevedendone la caduta ogni qualvolta l'imputato manifesti una volontà in tale senso. L'enunciato normativo – «la legge regola i casi [...]» – si atteggia difatti, per tale verso, in termini permissivi: esso legittima, cioè, il legislatore ordinario a prevedere ipotesi nelle quali il consenso dell'imputato, unitamente ad altri presupposti, determina una più o meno ampia acquisizione di elementi di prova formati unilateralmente; e ciò, in particolare, ove si intenda assecondare esigenze di economia processuale, lasciando spazio – allorché il soggetto, nel cui precipuo interesse la garanzia è posta, ritenga di potervi rinunciare – ad istituti idonei a contenere i tempi occorrenti per la definizione del processo e le risorse in esso impiegate. Laddove è peraltro implicito che la fattispecie debba essere comunque configurata in maniera tale da assicurare uno svolgimento equilibrato del processo, evitando che la rinuncia al contraddittorio da parte dell'imputato pregiudichi *a priori* la correttezza della decisione.

In questa prospettiva, il legislatore ben può configurare (e talora, anzi, non può esimersi dal configurare), in determinati casi, quale fattispecie di deroga al contraddittorio non già il solo consenso dell'imputato, ma l'accordo delle parti, come avviene, tipicamente, nelle diverse ipotesi di acquisizione concordata al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero o della documentazione dell'attività di investigazione difensiva (artt. 431, comma 2, 493, comma 3, 500, comma 7, 513, comma 2, e 555, comma 4, cod. proc. pen.). La considerazione giova, tra l'altro, a dimostrare l'infondatezza dell'assunto del giudice *a quo*, stando al quale, ove si ritenesse che, ai sensi del quinto comma dell'art. 111 Cost., il consenso del solo imputato sia sufficiente ai fini della deroga al contraddittorio nella formazione della prova, le citate disposizioni in tema di acquisizione concordata delle prove diverrebbero incostituzionali, poiché "aggraverebbero" la posizione dell'imputato rispetto a quanto stabilito dalla Costituzione. Vale, invece, il contrario, dovendosi considerare che le suddette fattispecie di accordo delle parti appaiono coerenti con il contesto del giudizio in

dibattimento, sede processuale destinata – tutto all'opposto di quella del giudizio abbreviato – al pieno sviluppo del contraddittorio attraverso l'assunzione dialettica della prova, onde si giustifica che una deroga a esso possa fondarsi solo sulla rinuncia "incrociata" delle parti, a fronte di una regola generale – discendente dal principio della separazione delle fasi – di inutilizzabilità, se non per le contestazioni, degli atti di indagine, sia del pubblico ministero che del difensore.

È a questo proposito che viene, in effetti, in rilievo il principio di parità delle parti, sancito dal secondo comma dell'art. 111 Cost. Ma non già nel senso – contrastante con la lettera del quinto comma – di imporre che, quando si discuta dell'utilizzabilità a fini decisorii delle investigazioni difensive, occorra sempre e comunque il consenso del pubblico ministero (e delle altre parti); quanto piuttosto nell'altro di impegnare il legislatore ordinario ad evitare che i presupposti e le modalità operative del riconoscimento all'imputato della facoltà di rinunciare alla formazione della prova in contraddittorio determinino uno squilibrio costituzionalmente intollerabile tra le posizioni dei contendenti o addirittura una alterazione del sistema.

Ciò non avviene nell'ambito del giudizio abbreviato, ove gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, alla pari con quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova.

In simile cornice, l'utilizzabilità anche degli atti di investigazione difensiva – compresi quelli a contenuto dichiarativo – come conseguenza del consenso–rinuncia del solo imputato, implicato dalla richiesta di giudizio abbreviato, non può ritenersi, di per sé, lesiva del principio di parità delle parti, il quale, oltre tutto – per consolidata giurisprudenza di questa Corte –, non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato, potendo una disparità di trattamento risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze di funzionale e corretta amministrazione della giustizia; e ciò anche in una prospettiva di complessivo riequilibrio dei poteri dei contendenti, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quella in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (tra le molte, sentenze n. 320 e n. 26 del 2007).

La fase delle indagini preliminari è, in effetti, caratterizzata da un marcato squilibrio di partenza fra le posizioni delle parti, correlato alla funzione istituzionale del pubblico ministero: i poteri e i mezzi investigativi di cui dispone la parte pubblica restano – anche dopo gli interventi operati dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, in tema di disciplina delle investigazioni difensive – largamente superiori a quelli di cui fruisce la difesa. Se, dopo una fase così congegnata, viene offerto all'imputato uno strumento che, nel quadro di un'acquisizione globale dei risultati di tale fase, renda utilizzabili ai fini della decisione anche gli atti di indagine della difesa, non può dunque ravvisarsi alcuna compromissione del principio costituzionale in questione.

Anzi, la disciplina delle indagini difensive, introdotta con detta legge n. 397 del 2000 (una delle leggi dichiaratamente attuative della riforma dell'art. 111 Cost.), si è proposta proprio con lo scopo di conseguire un minore squilibrio tra le posizioni della parte pubblica e dell'indagato–imputato, delineando una tendenziale pari valenza delle indagini di entrambi.

D'altro lato, prospettare che, in questa situazione, il consenso dell'imputato possa

operare solo verso i risultati delle indagini del pubblico ministero (definiti come "potenzialmente a carico") e non anche verso quelli delle proprie (assumendosi illogico, perché ovvio e implicito, un tale consenso), contrasta non solo, come detto, con il chiaro dettato costituzionale, ma con il sistema e con la stessa configurazione del rito speciale. In primo luogo, dovere specifico del pubblico ministero è quello della completezza delle proprie indagini, che, dunque, dovrebbero includere anche la puntuale e rigorosa verifica e "tenuta" degli elementi "a carico" nel riscontro con quelli eventualmente "a discarico". In secondo luogo, non è di per sé accettabile la frammentazione dei risultati dei singoli atti di indagine, una volta che la richiesta di giudizio abbreviato implica accettazione complessiva di tutti e rinuncia del pari complessiva, in relazione a tutti, all'assunzione dialettica in contraddittorio dei dati di rilievo probatorio da essi recati. In questa prospettiva lo stesso imputato, rinunciando al contraddittorio nell'assunzione anche dei dati a sé favorevoli, rinuncia a consolidarne la valenza probatoria ad un livello più alto e certo, quale è indubbiamente quello appunto del contraddittorio.

Parimenti infondate si rivelano, secondo l'argomentazione della sentenza, le censure di violazione dell'art. 3 Cost.

Quanto alla denunciata disparità di trattamento tra il giudizio ordinario (nel quale per introdurre elementi probatori formati unilateralmente dall'imputato occorre il consenso delle altre parti) e il giudizio abbreviato (nel quale, invece, nonostante la diminuzione di pena connessa alla scelta del rito, tale introduzione formerebbe oggetto di un «diritto potestativo» dell'imputato stesso), vale il rilievo, d'anzitutto, che gli istituti processuali posti a raffronto – accordo sulla acquisizione a fini probatori di determinati atti di indagine e rito abbreviato – risultano disomogenei e non assimilabili.

Invero, gli accordi che possono intervenire tra le parti in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l'ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale: e ciò a differenza di quanto avviene per il rito abbreviato, la cui peculiarità consiste proprio nel fatto di essere un modello alternativo al dibattimento che continua a fondarsi essenzialmente sul materiale raccolto nel corso delle indagini, a prescindere da qualsiasi meccanismo di tipo pattizio e consente solo una limitata acquisizione di elementi integrativi, così da potersi configurare tuttora quale rito "a prova contratta" (ordinanza n. 182 del 2001).

Il rimettente lamenta, per altro verso, una presunta incoerenza sistematica, dovuta al fatto che il diritto dell'imputato di ottenere l'utilizzazione a fini decisori del materiale investigativo da lui stesso raccolto (e "selezionato"), tramite richiesta di giudizio abbreviato «incondizionato», svuoterebbe di senso l'istituto del giudizio abbreviato «condizionato», nel quale l'imputato che voglia ottenere l'assunzione di un mezzo di prova si espone al rischio del rigetto della richiesta del rito alternativo da parte del giudice e offre al pubblico ministero il diritto alla prova contraria.

Anche a prescindere, peraltro, dal rilievo che l'ipotizzata perdita di "appetibilità" di una delle varianti di un istituto premiale a fronte della configurazione impressa ad altra variante si risolve in un mero problema di equilibri interni all'istituto stesso, e non già di legittimità costituzionale, l'assunto del rimettente si espone ad una duplice obiezione.

Da un lato, infatti, l'equiparazione, operata dal giudice *a quo*, tra dichiarazione assunta unilateralmente dal difensore a fini di indagine (che fa ingresso nel materiale utilizzabile nel

caso di giudizio abbreviato semplice) e la prova formata in contraddittorio davanti al giudice (di cui il giudice stesso si avvale nell'abbreviato «condizionato») non è corretta, essendo significativamente dissimile la relativa capacità dimostrativa.

Dall'altro lato, poi, il giudizio abbreviato «condizionato» conserva comunque una sua utilità e un suo significato in rapporto agli elementi probatori che l'imputato non abbia potuto o voluto acquisire, per qualunque ragione, tramite lo strumento delle investigazioni difensive.

Con la **sentenza n. 197 del 2009**, infine, la Corte ha effettuato un'importante precisazione ermeneutica in ordine alla portata del principio del contraddittorio nella fase di acquisizione della prova.

Oggetto della pronuncia è stato il dubbio di legittimità costituzionale del comma 5 dell'art. 503 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che «le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 500, comma 4, cod. proc. pen.».

I quesiti di costituzionalità non coinvolgevano, dunque, l'intera disciplina dei commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen., che prevedono l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle sopra indicate dichiarazioni, ove impiegate per le contestazioni all'imputato durante l'esame a norma del comma 3 del medesimo articolo. Essi investivano, di contro, unicamente lo specifico profilo dell'utilizzabilità di tali dichiarazioni come prova dei fatti riferiti – oltre che nei confronti dell'imputato dichiarante – anche nei confronti dei coimputati che non abbiano prestato il loro consenso e il cui difensore non abbia potuto partecipare all'assunzione delle dichiarazioni stesse; e ciò, anche fuori dei casi eccezionali previsti dall'art. 500, comma 4, cod. proc. pen. con riguardo all'esame testimoniale. Il giudice *a quo* muoveva dal presupposto che, in base alle norme censurate, le precedenti dichiarazioni difformi, rese dall'imputato prima del giudizio e utilizzate per le contestazioni, assumessero – una volta acquisite al fascicolo per il dibattimento – piena efficacia probatoria senza limitazioni non solo nei confronti dell'imputato che le ha rese, ma anche dei coimputati, con la conseguenza che i commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen., recherebbero quindi, sotto questo profilo, una disciplina in tema di formazione della prova affatto diversa dalla vigente in forza di altre norme, in particolare quelle di cui agli artt. 238 e 513 cod. proc. pen., che, ammettendo l'utilizzabilità in dibattimento dei verbali contenenti precedenti dichiarazioni rese dall'imputato, la subordinano o alla partecipazione del difensore o al consenso all'acquisizione dell'atto.

Tale ricostruzione interpretativa è invece disattesa dalla Corte.

Essa evidenzia che la censura di incostituzionalità involge la più ampia problematica del "valore probatorio" da attribuire agli atti a contenuto dichiarativo assunti nelle fasi precedenti il giudizio per attività unilaterale dei soggetti processuali, in particolare del pubblico ministero. In proposito, il Giudice delle leggi rileva che il processo penale è ora regolato dal principio del «contraddittorio nella formazione della prova», enunciato dal quarto comma dell'art. 111 Cost., il quale comporta che tutte le parti devono essere poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico, e non soltanto di formulare a posteriori valutazioni su elementi acquisiti unilateralmente. Ne discende l'impermeabilità del processo rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti.

Per le prove dichiarative, il contraddittorio e il suo necessario corollario della oralità sono ora, nel dibattimento, regola generale – fuori delle tassative fattispecie derogatorie delineate dal nuovo dettato costituzionale – per cui gli istituti che mirano a preservarlo da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente assunti nelle fasi antecedenti devono necessariamente essere valutati in coerenza con gli enunciati dell'art. 111 Cost.

La legge n. 63 del 2001, attuativa dei principi del giusto processo, pur avendo mutato la regola di utilizzabilità delle dichiarazioni servite per le contestazioni al testimone e ripristinata l'esclusione probatoria contenuta nella stesura iniziale del codice, ha lasciato inalterata la disciplina prevista dai commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen.

Derogando al principio d'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni rese durante le indagini, si continua a prevedere l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, se utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni difformi rese dall'imputato in precedenza, cui il difensore aveva diritto di assistere.

Peraltro e conformemente a quanto stabilito da questa Corte, nella nuova prospettiva indicata dall'art.111 Cost. «l'istituto delle contestazioni – proprio perché configurato quale veicolo tecnico di utilizzazione processuale di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio – non può mai atteggiarsi alla stregua di un meccanismo di acquisizione illimitato e incondizionato di quelle dichiarazioni» (ordinanza n. 36 del 2002; si veda anche già l'ordinanza n. 440 del 2000).

L'interpretazione della disciplina censurata offerta dal giudice *a quo* non può, quindi, essere ritenuta adeguata all'attuale quadro normativo. In particolare, per quanto concerne l'aspetto che interessa, precise esigenze, non solo di lettura conforme al disposto dell'art. 111, quarto comma, Cost., ma anche – e prima ancora – di coerenza sistematica, rispetto alla regolamentazione complessiva della materia attualmente racchiusa nel codice di rito, impongono di ritenere che il recupero probatorio per effetto delle contestazioni, prefigurato dai commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen., non operi comunque ai fini dell'affermazione della responsabilità di soggetti diversi dal dichiarante. Al riguardo, va rilevato, anzitutto, che le regole generali per l'interrogatorio sono state modificate dalla legge n. 63 del 2001. L'art. 64 cod. proc. pen. ora prevede che, prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvisata che le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti e che, se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone. L'avvertimento indica al dichiarante la "sorte" che avranno nel dibattimento le sue dichiarazioni, qualora non intenda avvalersi della facoltà di non rispondere, e la norma è stata ritenuta da questa Corte applicabile anche all'esame dibattimentale dell'imputato, sul presupposto dell'esistenza di una «consistente serie di dati sostanziali i quali depongono per l'appartenenza dei due atti processuali – l'interrogatorio e l'esame – a un medesimo *genus*» (ordinanza n. 191 del 2003).

In tutti i casi, pertanto, in cui l'imputato – dichiarante *erga alios* – non versi in situazione di incompatibilità a testimoniare (alla stregua, in particolare, dell'art. 197–bis cod. proc. pen., introdotto anch'esso dalla legge n. 63 del 2001), trova diretta applicazione la disciplina dettata dall'art. 500 cod. proc. pen. per l'esame testimoniale: disciplina a fronte della quale le pregresse dichiarazioni difformi dell'imputato sulla responsabilità altrui, lette per la contestazione, sono utilizzabili dal giudice solo per valutare la credibilità del dichiarante e non costituiscono prova dei fatti in esso affermati (comma 2), salvo ricorrano le speciali ipotesi previste dal comma 4.

Ma la conclusione non può essere diversa neppure quando ricorra una situazione di incompatibilità all'assunzione dell'ufficio di testimone.

Le regole sull'esame testimoniale, di cui al citato art. 500 cod. proc. pen., risultano attualmente richiamate, difatti – in luogo di quelle dell'art. 503 – anche dall'art. 210 cod. proc. pen.: norma questa – parimenti oggetto di profonda revisione da parte della legge attuativa dei principi del giusto processo – che fissa i modi con i quali è possibile acquisire il contributo probatorio delle persone imputate in un procedimento connesso o di un reato collegato, che siano incompatibili come testimoni (quale, tra gli altri, l'imputato di concorso nel medesimo reato, nei cui confronti non sia stata pronunciata sentenza irrevocabile: ipotesi ricorrente nel giudizio a quo).

Dall'anzidetto rinvio si desume, dunque, che le dichiarazioni *contra alios* rese da uno di detti imputati nelle fasi anteriori al giudizio, ancorché acquisite al fascicolo del dibattimento a seguito di contestazione, hanno la stessa limitata valenza probatoria delle precedenti dichiarazioni difformi utilizzate per le contestazioni nell'esame testimoniale.

La Corte ha d'altro canto stabilito, fin dalla sentenza n. 361 del 1998, che le disposizioni del citato art. 210 cod. proc. pen. – riferite testualmente alla sola ipotesi nella quale nei confronti della persona da esaminare si proceda separatamente – debbano applicarsi anche all'esame del coimputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto di precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero. E questo ad evitare una disparità di trattamento del tutto irrazionale, posto che «la figura del dichiarante *erga alios*, sia esso imputato nel medesimo procedimento o in separato procedimento connesso, è sostanzialmente identica, in quanto l'esame sul fatto altrui viene condotto su un imputato che assume l'una piuttosto che l'altra veste per ragioni meramente processuali e occasionali».

Le norme censurate hanno, dunque, all'interno del sistema, un significato diverso da quello ipotizzato dal rimettente, il quale fonda, così, i quesiti di costituzionalità su una erronea premessa ermeneutica. I commi 5 e 6 dell'art. 503 cod. proc. pen. – anche alla stregua del rinvio, operato dal comma 4, all'art. 500, comma 2, dello stesso codice – comportano che le dichiarazioni rese nelle fasi anteriori al giudizio dall'imputato possono essere utilizzate, per quel che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate dall'art. 500, comma 4. Il che rende coerente la disciplina anche con quanto è disposto dall'art. 513, comma 1, cod. proc. pen., che ammette la lettura in dibattimento delle dichiarazioni rese dall'imputato nelle fasi anteriori, quando egli sia contumace o assente o rifiuti di rendere l'esame, ma significativamente aggiunge che «tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 500, comma 4».

### **2.1.3. Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova:**

#### *2.1.3.1. Il consenso dell'imputato*

Nell'ambito delle deroghe al principio del contraddittorio per la prova, stabilite nel quinto comma dell'art. 111 Cost., la Corte ha più volte affrontato il profilo del consenso

dell'imputato all'utilizzazione processuale degli atti formati nell'indagine preliminare.

La Corte ha innanzitutto escluso che nessun profilo di frizione con il principio del contraddittorio – di cui pertanto costituisce deroga ammissibile – il consenso (in dottrina denominato *premiato*) all'utilizzo del materiale delle indagini prestatato per l'accesso al giudizio abbreviato o al patteggiamento. Da tale assunto, la Corte ha poi ricavato la medesima valenza del consenso nell'ipotesi di mancata opposizione al decreto penale di condanna.

E' questo il contenuto decisorio dell'**ordinanza n. 32 del 2003**, con la quale è stato deciso, in termini di manifesta infondatezza, il dubbio di costituzionalità afferente l'art. 459 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, prima di chiedere al giudice per le indagini preliminari l'emissione del decreto penale di condanna, il pubblico ministero debba fare notificare all'indagato l'avviso di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen. Tra le altre censure, il rimettente, investito del giudizio a seguito di opposizione a un decreto penale di condanna, denunciava il contrasto con l'art. 111, quarto e quinto comma, Cost., evidenziando che, mentre nel procedimento ordinario l'imputato è normalmente posto in condizioni di conoscere l'accusa a suo carico, perlomeno al termine delle indagini, mediante l'avviso di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen., nel procedimento per decreto l'imputato viene a conoscenza dell'accusa «solo ed esclusivamente all'atto della notificazione della pronuncia di condanna», in violazione del terzo comma dell'art. 111 Cost., che assicura all'accusato il diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico. Connessa a tale censura era quella – qui in esame – che la condanna per decreto violerebbe inoltre il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dall'art. 111, quarto comma, Cost., in quanto si innesta in un procedimento caratterizzato da una struttura fortemente inquisitoria si fonda sul materiale investigativo raccolto unilateralmente dal pubblico ministero ed, inoltre, che nel procedimento per decreto il consenso dell'imputato alla formazione della prova fuori dal contraddittorio verrebbe ad essere configurato come tacito e posticipato: «successivo, non solo alla formazione ed all'acquisizione della prova, ma anche al suo utilizzo, e persino, alla pronuncia di condanna», in palese contrasto con il quinto comma dell'art. 111 Cost.

La Corte – confutata la generale censura relativa alla struttura del procedimento monitorio – ha negato altresì la sussistenza della dedotta violazione dell'art. 111, quarto e quinto comma, Cost., evidenziando che – a prescindere dal rilievo che la disciplina dell'avviso della conclusione delle indagini non interferisce né con il principio del contraddittorio nella formazione della prova, né con il principio che demanda alla legge di regolare i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato – ove con l'atto di opposizione l'imputato chieda il giudizio immediato, la prova si formerà in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, e i risultati delle indagini potranno essere utilizzati entro i limiti e nel rispetto delle regole che disciplinano in via generale i rapporti tra le fasi delle indagini preliminari e del giudizio; se, poi, l'imputato chiede il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena, ovvero, non opponendosi, presta acquiescenza al decreto penale di condanna, mediante tali scelte manifesta anche il consenso alla utilizzazione degli atti di indagine raccolti dal pubblico ministero, non diversamente dagli altri casi in cui l'indagato, dopo essere venuto a conoscenza del procedimento a suo carico, opera la scelta di attivare i riti alternativi.

### 2.1.3.2. *La provata condotta illecita*

La Corte ha avuto occasione di precisare alcune importanti coordinate teoriche e sistematiche relative anche all'ultima delle deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova contenute nel quinto comma dell'art. 111 Cost., quella relativa alla "provata condotta illecita".

Proprio la indeterminatezza semantica dell'espressione del testo costituzionale, avaro di ulteriori specificazione, ha posto un primo, apicale problema ermeneutico, relativo al "verso" della condizione derogatrice: se, cioè, la vasta latitudine del concetto di "provata condotta illecita" includesse – oltre che la scontata ipotesi del dichiarante coartato illecitamente, sì da impedirne l'assunzione testimoniale o da pregiudicarne in maniera evidente la genuinità – anche l'eventuale condotta illecita *del* dichiarante stesso, vale a dire la reticenza o il falso da costui commessi indipendentemente da qualsivoglia pressione.

E' questo il problema di principio risolto con l'**ordinanza n. 453 del 2004**, nell'ambito della quale il giudice *a quo* sollevava, ancorché in via subordinata rispetto ad altra questione principale, un suggestivo dubbio di legittimità costituzionale, adducendo a sospetto l'art. 500, comma 4, del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 3 e 111, quinto comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone ed utilizzate per la contestazione possano essere acquisite al fascicolo del dibattimento e successivamente utilizzate dal giudice quale prova dei fatti, allorché si ravvisino, nella deposizione dibattimentale del testimone stesso, gli estremi del delitto di falsa testimonianza.

La Corte ha innanzitutto evidenziato come la norma denunciata rappresenti diretta attuazione dell'art. 111, quinto comma, Cost., il quale prefigura una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio «per effetto di provata condotta illecita», affidandone alla legge la disciplina e che, contrariamente a quanto adombrato dal giudice *a quo*, è senz'altro da escludere che la formula «condotta illecita», che compare nel precetto costituzionale, si presti ad una lettura lata, tale da abbracciare – oltre alle condotte illecite poste in essere «sul» dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione) – anche quelle realizzate «dal» dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, in primis, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza). Invero, la *ratio* della deroga in parola – come si desume anche dalla circostanza che essa è affiancata, nel precetto costituzionale, a quelle legate al «consenso dell'imputato» e all'«accertata impossibilità di natura oggettiva» – sta, difatti, essenzialmente nell'impedimento che la «condotta illecita» reca all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova: la Carta costituzionale consente, cioè, eccezionalmente che la prova si formi fuori del contraddittorio (oltre che nel caso di rinuncia dell'imputato ad esso) quando il contraddittorio risulti oggettivamente impossibile, ovvero appaia compromesso da illecite interferenze esterne. Per contro, l'autonoma scelta del soggetto esaminato di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione del contraddittorio sulla prova. Tale conclusione trova conferma – oltre che nei lavori preparatori alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dai quali emerge come il Costituente, con la formula «provata condotta illecita», intendesse in effetti riferirsi essenzialmente ai casi di intimidazione e subornazione del dichiarante – anche nel necessario coordinamento fra la previsione del quinto comma dell'art. 111 Cost. e la regola, sancita appena prima dal quarto

comma dello stesso articolo, per cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Infatti, mentre le condotte illecite poste in essere da altri «sul» dichiarante incidono sulla sua «libertà di scelta», invece quelle realizzate «dal» dichiarante sua sponte presuppongono quest'ultima: l'autonoma decisione del teste di non rispondere in dibattimento (commettendo così il reato di falsa testimonianza per reticenza) è una scelta illecita, ma comunque libera; con la conseguenza che solo nel primo caso, e non nel secondo, è ipotizzabile – non operando la preclusione dianzi ricordata – l'acquisizione al materiale probatorio di dichiarazioni unilateralmente raccolte nel corso delle indagini preliminari. La condotta illecita che compromette la libertà di autodeterminazione della fonte dichiarativa finisce, dunque, per rappresentare – sul piano soggettivo – l'ipotesi complementare rispetto alla «accertata impossibilità di natura oggettiva», parimenti evocata dal Costituente fra le eccezionali – e tipizzate – deroghe al contraddittorio. Peraltro, accedendo alla contraria tesi del giudice rimettente, il principio generale della formazione della prova in contraddittorio resterebbe, riguardo alla prova testimoniale, in larga misura svuotato: giacché in ogni caso di divergenza tra dichiarazioni dibattimentali e dichiarazioni pregresse – ma anche di reticenza, non essendovi ragione, nella prospettiva contrastata, per un diverso trattamento di tale ipotesi – si aprirebbe automaticamente la via, tramite la prospettazione dell'ipotesi della falsa testimonianza, al possibile «recupero» come prova piena di atti assunti fuori del contraddittorio.

Con l' **ordinanza n. 358 del 2010** la Corte ha posto, poi, un'importante puntualizzazione in ordine al meccanismo probatorio della condotta illecita quale ipotesi di deroga al principio del contraddittorio. Il dubbio di costituzionalità aveva ad oggetto – in relazione all'art. 111, quinto comma, della Costituzione – l'art. 500, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui consente al giudice di valutare le dichiarazioni lette per la contestazione solo ai fini del giudizio sulla credibilità del testimone, e non anche ai fini della prova della sua intimidazione o corruzione, affinché non deponga o deponga il falso: prova che, ai sensi del comma 4 dello stesso art. 500 cod. proc. pen., legittima l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento – e la conseguente utilizzazione ai fini della decisione – delle dichiarazioni precedentemente rese.

L' "estensione probatoria" invocata dal giudice *a quo* è stata tuttavia ritenuta manifestamente inammissibile dal Giudice delle leggi, in ragione dell'inesatta individuazione della norma oggetto di censura.

In proposito, la Corte rileva che il giudice *a quo* censura il comma 2 dell'art. 500 cod. proc. pen., quando invece le sue doglianze avrebbero dovuto rivolgersi nei confronti delle previsioni dei commi 4 e 5 dello stesso articolo. Infatti, la regola dettata dal comma 2 – quella che consente di valutare le dichiarazioni lette per la contestazione solo ai fini della credibilità del teste – attiene, infatti, al processo principale, che ha come oggetto l'accertamento della responsabilità dell'imputato per i fatti a lui contestati; di contro, il problema di costituzionalità posto dal giudice *a quo* concerne la *lex probatoria* applicabile nel procedimento incidentale finalizzato all'accertamento della condotta di intimidazione o di subornazione del teste, quale presupposto legittimante l'acquisizione delle sue dichiarazioni predibattimentali: e, dunque, alla prova di un fatto da cui dipende l'applicazione di norme processuali (art. 187, comma 2, cod. proc. pen.). In effetti, ciò di cui il rimettente si duole è che le regole di esclusione

probatoria valevoli nel processo principale, nell'ottica di garantire l'impermeabilità del dibattimento rispetto ad atti raccolti unilateralmente nel corso delle indagini preliminari – e tra esse, in specie, quella che impedisce di valutare come prova dei fatti le dichiarazioni lette per la contestazione in sede di esame testimoniale – operino anche nell'ambito dell'anzidetto subprocedimento; ma, in questa prospettiva, il dato normativo con cui il rimettente dovrebbe, in ipotesi, misurarsi è, peraltro, quello dei citati commi 4 e 5 dell'art. 500 cod. proc. pen., che disciplinano il subprocedimento stesso. Dato normativo, questo, (nelle citate disposizioni si parla di «elementi concreti», di circostanze emerse «anche» nel dibattimento, di decisione «senza ritardo», di svolgimento da parte del giudice degli «accertamenti [...] necessari») attorno al quale si è, in effetti, sviluppato un ampio dibattito interpretativo avente ad oggetto le caratteristiche del procedimento incidentale considerato: ciò, sia in ordine al *quantum* di prova della condotta illecita richiesto ai fini dell'utilizzabilità del “precedente difforme”; sia – e per quanto qui più interessa – con riguardo alla possibilità o meno che tale prova venga tratta anche da elementi non formati nel contraddittorio fra le parti.

## 2.2. Diritto di difesa

### 2.2.1. *Il contraddittorio come strumento essenziale del diritto di difesa Il diritto di difesa*

La scelta di evidenziare, nell'ordine espositivo dei principi, il diritto di difesa subito dopo il principio del contraddittorio origina evidentemente dalla considerazione che i due termini si pongono in un necessitato rapporto di mezzo a fine, risultando evidente come il contraddittorio risulta essere la «condizione essenziale» per la piena attuazione del diritto di difesa.

E' la stessa Corte ad affermare tale fondamentale correlazione: ad esempio, nella già ricordata **sentenza n. 117 del 2007**, sul processo *in absentia*, con la quale afferma che a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio, da essa non possono trarsi, ai fini della presente questione, le conseguenze prospettate con l'ordinanza di rimessione. L'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa. Si deve ritenere, pertanto, che ciò che conta è pur sempre la tutela del diritto di difesa, al quale, secondo lo stesso remittente, la CEDU non accorda, in tema di processo svoltosi *in absentia*, garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost., tanto che egli la evoca più come fonte ispiratrice del diritto interno in materia e dei criteri per interpretarlo che come autonomo parametro di costituzionalità.

Principio, questo, ribadito dalla già citata **sentenza n. 184 del 2009**. Essa riafferma come la constatazione che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., si traduca in un «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sentenza n. 32 del 2002) – così da evocare, secondo quanto affermato da questa Corte all'indomani della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, la «dimensione oggettiva» del contraddittorio stesso (sentenza n. 440

del 2000) – non è, di per sé, dirimente circa le prospettive di salvaguardia sottese alla garanzia in parola, configurata dal dettato costituzionale come tipica ed esclusiva del processo penale. Profilo in rapporto al quale viene in precipuo rilievo proprio la previsione derogatoria di cui alla prima parte del quinto comma dello stesso art. 111 e che la citata sentenza n. 440 del 2000 non mancò di ricordare, pur senza approfondirne la valenza. Come più di recente questa Corte ha rimarcato, difatti, «a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio», l'«enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale "la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio", non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa», come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, «nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato» (sentenza n. 117 del 2007). Catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le «garanzie oggettive», ora tra quelle «soggettive» – risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani.

Il senso della scelta costituzionale, sul versante che qui interessa, è in realtà immediatamente percepibile. Nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul «consenso dell'imputato» (e non già sul «consenso delle parti» o della «parte controinteressata»), ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente – nella volontà del legislatore costituente – uno strumento di salvaguardia «del rispetto delle prerogative dell'imputato» (in questi termini, si veda la **sentenza n. 29 del 2009**).

Nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove: insieme al suo diritto (storico connotato della difesa dell'accusato) di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (terzo comma), insieme altresì al divieto di provare la sua colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte sua o del suo difensore (quarto comma, secondo periodo), si è infine riconosciuta la sua facoltà di rinunciare unilateralmente all'assunzione delle prove in contraddittorio (quinto comma).

### ***2.2.2. L'estensione del diritto di difesa alle varie forme di procedimento***

È poi di tutta evidenza come la variegatura delle prospettive che il diritto di difesa assume nel processo penale ed i “contenuti specifici” del suo concreto esercizio all'interno dei vari istituti processuali è di tale ampiezza da impedire una completa sintesi, soprattutto in questa sede.

Si cercherà pertanto – nella piena consapevolezza dell'arbitrarietà di ogni selezione – di evidenziare soprattutto quegli arresti della giurisprudenza costituzionale che hanno fissato gli aspetti fondamentali del diritto stesso, i suoi “contenuti costituzionali minimi”.

In tale prospettiva, va innanzitutto segnalato come la Corte, fin dalle primissime pronunce, abbia posto in relazione il diritto di difesa di cui al secondo comma dell'art. 24 con il diritto di accesso per il soggetto alla tutela giurisdizionale di cui al primo comma del medesimo articolo.

Ad esempio, nella **sentenza n. 46 del 1957** si afferma che, per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è necessario porre in relazione il diritto stesso con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

In questo modo si rende 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. Il diritto della difesa, pertanto, intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi (come si è detto nel terzo comma dello stesso art. 24) al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica. Ma – secondo tale pronuncia – 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.

Proprio in ragione di tale correlazione – che, evidentemente, amplia la portata del diritto stesso – l'ulteriore approdo verso il quale si è diretta la giurisprudenza costituzionale è stato quello della sua massima espansione: vale a dire della estensione del principio ad ogni procedimento nel quale venisse in rilievo un profilo di libertà personale dell'individuo. In breve, la Corte ha superato ogni formalismo ed, indipendentemente dalla piena identificazione del procedimento stesso con il “processo penale” in senso stretto, ha mirato a che ogni accertamento giurisdizionale, quale che fosse la sua ritenuta “natura” fosse permeato, nel caso di coinvolgimento del principio di libertà dell'interessato, dalla garanzia della difesa.

Applicazione di tale metodo è la **sentenza n. 53 del 1968**. Oggetto di tale pronuncia era la questione di legittimità costituzionale degli artt. 636 e 637 del Codice di procedura penale 1930, in quanto contenenti disposizioni non idonee a una integrale attuazione del diritto di difesa nel procedimento davanti al giudice di sorveglianza.

Il rimettente, per giungere a stabilire la necessità di un integrale diritto di difesa anche per l'applicazione, modificazione e revoca della misura di sicurezza, procedeva in base a un criterio di parificazione della misura di sicurezza con la pena, sostenendo che la misura di sicurezza, al pari della pena, fosse una sanzione e che avesse carattere giurisdizionale.

La Corte accoglie la censura, ma secondo un percorso argomentativo che, quasi sorprendentemente, scavalca la stessa impostazione prospettata dal rimettente.

Infatti, la Corte è d'avviso che la questione relativa al diritto di difesa nel procedimento di applicazione delle misure di sicurezza al di fuori del processo penale possa e debba essere

impostata su un piano diverso e più alto, che è non quello formale dell'appartenenza del procedimento all'una o all'altra categoria, bensì quello riguardante l'interesse umano oggetto del procedimento, vale a dire quello supremo della libertà personale. La Corte riconosce fondati i rilievi dell'ordinanza circa i mezzi difensivi apprestati dalle norme impugnate. Tali mezzi, a parte eventuali correttivi e sviluppi che siano adottati anche attualmente nella pratica, si riducono, nella enunciazione normativa, a un invito all'interessato o a chi lo rappresenta e a dichiarazioni ricevute nel processo verbale: e tutto ciò soltanto nella fase iniziale del procedimento. Secondo lo spirito della norma costituzionale si deve invece ritenere necessaria la conoscenza delle investigazioni e degli accertamenti compiuti dal giudice e del loro risultati relativamente all'intero corso del procedimento, e mediante l'assistenza tecnica di un difensore, da rendersi, oltre tutto, obbligatoria e non facoltativa, come invece è disposto, per analoghe situazioni, dall'art. 4, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956 sulle misure di prevenzione.

La Corte ritiene in sostanza che, amministrativo o giurisdizionale che sia, il procedimento nel quale un tale interesse viene in questione davanti a un giudice, spetti sempre al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa: e ciò in riguardo a tutte le misure che incidano sulla libertà personale, in primo luogo le misure di sicurezza detentive, ma non esclusa la libertà vigilata. Al di là della specifica tutela sancita dall'art. 24, appare manifesto che gli artt. 13 e 111, secondo comma, interpretati nello spirito delle supreme esigenze fissate dalla Costituzione, conferiscono alla libertà personale una propria e particolare rilevanza costituzionale; e con essa il diritto, in relazione ai procedimenti che alla libertà si riferiscono, ad una effettiva integrale difesa di questo supremo interesse del cittadino.

Il Giudice delle leggi – ed è questo un passaggio di assoluta modernità della pronuncia – non dissimula le difficoltà e le implicazioni di ogni genere cui in pratica, d'ora in poi, potrà dar luogo l'attuazione di un tale principio, ma ritiene in pari tempo che ciò non debba valere a limitarne la rigorosa affermazione. Il legislatore potrà indubbiamente intervenire a regolare nel modo più opportuno l'applicazione pratica del principio, ma sempre lasciando ferma la fondamentale esigenza affermata in via di principio.

Questo approccio teorico “globale” e non formalistico è ripreso anche nella coeva **sentenza n. 136 del 1968**, ove si evidenzia come il diritto di difesa vada considerato nella sua interezza e non possa essere valutato solo con riferimento a specifiche articolazioni o a particolari modi di essere.

In breve, nel processo penale la difesa per l'imputato si sostanzia nella possibilità allo stesso riconosciuta di contrastare l'accusa pubblica al fine di ottenere una pronuncia di proscioglimento con la formula più ampia e, qualora dal reato ascrittogli sia ipotizzabile la derivazione di un danno, di insussistenza dei relativi presupposti soggettivi ed oggettivi.

### ***2.2.3. L'estensione del diritto di difesa alla fase dell'istruttoria sommaria e delle indagini preliminari (c.p.p. 1930).***

Nel solco della progressiva estensione del diritto di difesa, merita di essere ricordata, seppur sinteticamente, la giurisprudenza costituzionale che, vigente il codice di rito del 1930, statui l'estensione delle garanzie di difesa proprie dell'istruttoria formale sia a quella

sommaria che alle c.d. c.d. indagini preliminari che il P. M. avviava subito dopo la *notitia criminis* e che precedevano, in quel rito, la vera e propria fase istruttoria, formale o sommaria.

Si tratta di pronunce fondamentali non solo da un punto di vista della “storia” della giurisprudenza costituzionale: il loro valore, infatti, è nel fatto che, con esse, si tracciano altrettanti punti fermi nella perimetrazione minima del diritto di difesa costituzionalmente garantito, che sopravvivono, evidentemente, al succedersi dei modelli processuali e pertanto assumono carattere di inalterata ed inalterabile attualità.

Con la **sentenza n. 52 del 1965**, la Corte ha dichiarato, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, la illegittimità costituzionale dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale 1930, nella parte in cui, con l'inciso "in quanto sono applicabili", rende possibile non applicare all'istruzione sommaria le disposizioni degli artt. 304 *bis*, 304 *ter* e 304 *quater* dello stesso Codice, vale a dire le norme che, all'epoca, garantivano i diritti fondamentali della difesa nell'ambito dell'istruttoria formale. Nella circostanza, la Corte ha preso atto, innanzitutto, del “diritto vivente” che continuava ad escludere che la formulazione dell'anzidetto articolo del Codice di procedura penale, dati i particolari caratteri dell'istruzione sommaria, consentisse l'estensione a quest'ultima delle garanzie del diritto di difesa introdotte nel Codice con gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*. Interpretata e applicata in tal modo, la disposizione del primo comma dell'art. 392 continuava perciò a vivere nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione.

Di qui l'affermazione di principio, suscettibile di essere generalizzata e riferita ad ogni istituto processuale, anche nell'attualità: ove con l'istruzione sommaria dovesse risultare, per natura, incompatibile l'esercizio del diritto di difesa – scrivono i giudici – quel tipo di istruzione sarebbe esso stesso in assoluto contrasto con l'art. 24 della Costituzione, il quale vuole assicurato il diritto di difesa "in ogni stato e grado del procedimento".

La Corte rimane però ferma nel convincimento, nel caso di specie, della inesistenza di una *naturale* incompatibilità dell'istruzione sommaria con l'esercizio del diritto di difesa: onde contrasta con l'art. 24 della Costituzione semplicemente il fatto che nel corso di tale tipo di istruzione la legge escluda l'esercizio della difesa.

Altra pronuncia esemplare, in proposito, è la **sentenza 86 del 1968**, la quale interviene a dirimere il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 232 del Codice di procedura penale 1930, denunciato perché consent(iva) al procuratore della Repubblica di procedere a quegli atti di polizia giudiziaria che si svolgono senza le garanzie previste, per l'istruzione formale, dagli artt. 304–304 *quater* del Codice di procedura penale.

La Corte rileva innanzitutto che si tratta delle c.d. indagini preliminari che il p.m. avvia subito dopo la *notitia criminis* e che precedono la vera e propria fase istruttoria, formale o sommaria. Esse, notoriamente, possono limitarsi all'assunzione e alla ricerca di indizi o di sommarie informazioni testimoniali; ma spesso consistono in tipici atti istruttori (interrogatorio ricognizioni ispezioni confronti perquisizioni) che danno luogo a processi verbali direttamente utilizzabili nel corso ulteriore del giudizio.

Questi atti, a parte certa loro sommarietà, non differiscono sostanzialmente da quelli in cui si concreta la vera e propria istruzione e perciò possono condurre il processo su binari dai quali più tardi non sarà facile uscire: basti pensare a ispezioni non facilmente ripetibili, a ricognizioni compiute nell'ansia di individuare rapidamente il colpevole, a interrogatori condotti febbrilmente nel clima d'allarme cagionato dal delitto. Il modo come le indagini

vengono eseguite, gli strumenti dei quali è costretto a servirsi l'inquirente, l'assenza di vera collaborazione da parte dell'indiziato (se c'è) e di chi lo assiste possono compromettere irrimediabilmente la sorte del giudizio. Invece, se quegli stessi atti fossero compiuti nel corso dell'istruzione formale, si svolgerebbero quasi tutti alla presenza dei difensori delle parti e i documenti, che ne registrano l'andamento e le conclusioni, compresi i processi verbali degli interrogatori, sarebbero depositati presso la cancelleria a presidio d'un aperto esercizio del diritto di difesa; nel nome del quale un'analogha disciplina accompagna necessariamente anche l'istruzione sommaria in virtù dell'art. 390 del Codice di procedura penale e dopo che questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale (sentenza n. 52 del 1965).

La differenza tra la fase dell'istruzione sommaria, che offre al prevenuto (se c'è un prevenuto) le garanzie previste negli artt. 390, 304 *bis*–304 *quater*, e quella precedente, che le ignora, non trova adeguata giustificazione dinanzi all'art. 24, secondo comma, della Costituzione: non è giustificata dall'urgenza di raccolta delle prove poiché la norma impugnata si applica anche fuori dei casi che esigono rapidi interventi, mentre a tali casi provvede comunque l'art. 304 *ter* del Codice di procedura penale; né dalla natura delle operazioni, dato che esse non differiscono da quelle di cui è fatta l'istruttoria; né dalla loro pretesa estraneità al vero e proprio giudizio, ché questo sarebbe un motivo troppo formalistico, per di più contraddetto dalla partecipazione del magistrato a quegli atti.

Anzi proprio il potere, conferito dalla legge al P. M., di compierli nella fase preparatoria invece che durante l'istruzione (il cui inizio molto spesso è difficile da cogliere) accentua l'incostituzionalità della norma denunciata: l'ampiezza del diritto di difesa, che la Costituzione garantisce in ogni stato e grado del procedimento, non può dipendere dalla mera discrezionalità dell'inquirente, portato dalla natura delle sue stesse funzioni ad allungare talvolta la fase preliminare in confronto con quella istruttoria. Il che ha avvertito esattamente l'ordinanza di rinvio. Perciò la denuncia è da accogliere, purché si avverta come, quanto alla nomina del difensore, la norma, che occorre applicare nella fase preparatoria, sia l'art. 390, dettato appunto per l'istruzione condotta dal P. M., e non l'art. 304, relativo a quella del giudice.

L'incostituzionalità parziale dell'art. 232 travolge parzialmente anche un'altra delle norme impuginate, cioè l'art. 225 del Codice di procedura penale 1930 che, in certi casi, consentiva il compimento di veri e propri atti istruttori ad iniziativa degli ufficiali di polizia giudiziaria. Qui la gravità degli interventi non promossi dal P. M. sembrerebbe giustificata dalle ragioni della flagranza o dell'urgenza, mentre la violazione del diritto di difesa parrebbe evitata dall'obbligo di osservare le norme sull'istruzione formale e di trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica; ma la realtà è ben diversa.

La tensione derivante dalla delicatezza delle funzioni, il proposito di scoprire rapidamente i colpevoli, accentuato in soggetti che con l'attività di polizia giudiziaria alternano compiti di polizia di sicurezza, il timore (connaturato a questa stessa situazione) di non reperire o perdere le prove, la difficoltà d'uno stretto controllo da parte del procuratore della Repubblica portano spesso, nell'applicazione pratica, ad allargare il concetto di urgenza o di flagranza: sì che, al di là della previsione legislativa, il diritto di difesa è sacrificato a esigenze che si rivelano talora insussistenti e per le quali, d'altra parte, bastano le norme dell'istruzione, saggiamente conciliando l'esercizio di quel diritto con le assolute necessità del processo, comprese quelle dell'urgenza (art. 304 *ter*, ultimo comma, e 304 *quater*, penultimo

comma).

Inoltre secondo la norma impugnata la disciplina dell'istruzione formale può estendersi alle indagini preliminari solo "per quanto è possibile", cioè praticamente a discrezione dell'autorità di polizia giudiziaria; tanto è vero che, per le ragioni dell'urgenza e sull'esempio delle operazioni compiute per incarico del P. M., si nega proprio l'applicabilità, a quelle indagini, degli artt. 304 bis, 304 ter e 304 quater del Codice di procedura penale, vale a dire delle norme che sono state introdotte recentemente a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa: e non è dubbio che ciò contrasti con l'art. 24 della Costituzione: così come vi contrasta l'affermata inestensibilità, ricavabile a quanto pare dalla stessa disposizione impugnata, del precetto relativo alla nomina del difensore (precetto che tuttavia, in una fase di indagini analoghe a quelle del P. M., è anche in questo caso l'art. 390, non l'art. 304 additato dal giudice a quo).

Per sfuggire alla denuncia di incostituzionalità non varrebbe rilevare che quelle operazioni, compendosi prima del giudizio, sarebbero fuori da "ogni stato e grado" del processo: all'opposto, a parte che quanto s'è detto sull'attività del P. M. può ripetersi *a fortiori* per le iniziative della polizia giudiziaria, tali atti non sono estranei al giudizio poiché rientrano in indagini preordinate a una pronuncia penale e si traducono in processi verbali di cui è consentita la lettura nel dibattimento (art. 463 del Cod. proc. penale).

D'altronde la dichiarazione di illegittimità parziale dell'art. 225 non preclude alla polizia giudiziaria lo svolgimento di proprie indagini, ma pone limiti a quelle che si risolvono in veri e propri atti istruttori da utilizzare direttamente nel processo. A questo proposito vedrà il giudice ordinario come la disciplina dell'istruzione e il precetto dell'art. 390 si possano realizzare, soprattutto nell'eventualità che il prevenuto non risponda all'invito di scegliersi un difensore; ad ogni modo, anche se risultasse che di regola occorrerà l'intervento del magistrato, l'inconveniente, a giudicare dall'esperienza d'altri Paesi, non sarebbe d'eccessiva gravità: il diritto di difesa, in un ordinamento che vieta di considerare colpevole chi non abbia subito una condanna definitiva, val bene il sacrificio d'una maggiore speditezza delle indagini.

#### ***2.2.4. La contestazione dell'addebito e l'interrogatorio dell'imputato quali strumenti essenziali del diritto di difesa.***

Nella costruzione dei "contenuti minimi" del diritto di difesa merita segnalazione quella giurisprudenza costituzionale che – vigente il codice di rito del 1930 – ha evidenziato il fondamentale valore di garanzia della contestazione dell'addebito e, quindi, dell'interrogatorio dell'imputato ai fini della piena realizzazione del diritto di difesa. Si tratta di una giurisprudenza che, benché ormai di valore eminentemente "storico", risulta di particolare rilevanza teorica.

Nella prima delle pronunce ascrivibili a questo indirizzo, la **sentenza n. 33 del 1966**, la Corte ha scrutinato la questione se possa ritenersi compatibile con il secondo comma dell'art. 24 e con l'art. 3 della Costituzione, l'art. 398 del Codice di procedura penale 1930 (modificato dalla legge 18 giugno 1955, n. 517) nella parte in cui dispone che il Pretore non può, a pena di nullità, pronunciare sentenza di non doversi procedere per perdono giudiziale, per insufficienza di prove, o per amnistia, se l'imputato non è stato interrogato sul fatto, o se questo non è stato contestato in un mandato rimasto senza effetto. Il dubbio, secondo i giudici

rimettenti, si ricollegava all'interpretazione *a contrario* della norma, nel senso che, per converso, il compimento degli atti predetti non sarebbe stato obbligatorio nei casi in cui il Pretore avesse emesso il decreto di citazione per il dibattimento. In quest'ipotesi, data l'accennata interpretazione, si riscontrava un'illegittima menomazione del diritto di difesa.

La Corte, nel dichiarare fondata la questione, ha affermato che l'interrogatorio della persona indiziata (al quale, per evidenti esigenze di giustizia, viene equiparata la contestazione del fatto con mandato rimasto senza effetto) oltre una fonte di prova, costituisca anche uno dei mezzi con cui si può esercitare tale diritto. La contestazione dell'accusa, infatti, e la presenza della persona indiziata, offrono a quest'ultima, con la conoscenza dell'imputazione, il modo di prospettare, tempestivamente ed utilmente, al giudice le proprie deduzioni difensive. All'interrogatorio inoltre è pure connessa la difesa tecnica, poiché si deve osservare il disposto dell'art. 368, che impone la nomina del difensore, col conseguente obbligo del deposito, nella cancelleria, del relativo verbale, ai sensi del primo comma dell'art. 304 quater, modificato dalla legge 18 giugno 1955, n. 517: obbligo esteso anche all'istruttoria sommaria, secondo quanto ha ritenuto questa Corte con le sentenze n. 11 e n. 52 del 1965.

Se quindi il Pretore, in base al primo comma del citato articolo 231, ritiene necessario compiere, nei confronti di colui che è indicato come imputato ai sensi dell'art. 78 del Codice processuale, in tutto, o in parte, gli atti di istruzione, menzionati nel secondo comma dell'art. 398, in tal caso la facoltà di prescindere dalla contestazione del fatto prima di emettere il decreto di citazione, non può non ritenersi in contrasto con la garanzia del diritto di difesa.

La Corte evidenzia inoltre che non giova richiamarsi in contrario alla celerità ed alla semplicità, che si ritengono connaturali allo svolgimento dei processi davanti al Pretore; giacché queste esigenze, nel caso ora in esame, non possono che rimanere subordinate ad una esigenza preminente, qual è quella del contraddittorio e della difesa, particolarmente per l'ipotesi, accennata anche nelle ordinanze, che l'imputato non sia in grado, per varie circostanze, di conoscere l'esistenza dell'istruttoria nei suoi confronti.

Il filone così inaugurato conosce, poi, rapidi sviluppi. Tra essi, merita di essere evidenziato quello segnato dalla **sentenza n. 151 del 1967**, con la quale la Corte applica la regola della previa contestazione dell'addebito e dell'interrogatorio quali momenti indefettibili del diritto di difesa anche in relazione all'esito processuale del proscioglimento dell'imputato, se costui non è prosciolto perché il fatto non sussiste o non è stato da lui commesso. Il dubbio di costituzionalità aveva ad oggetto l'art. 376 del Codice di procedura penale 1930, il quale – disponendo che non si può prosciogliere l'imputato per concessione del perdono giudiziale o per insufficienza di prove o per amnistia se non è stato interrogato o se non gli è stato contestato il fatto in un mandato rimasto senza effetto – implicitamente affermava che, in tutti gli altri casi di proscioglimento, l'interrogatorio o la contestazione dell'accusa non fossero necessari. Di qui il dubbio di una violazione del diritto di difesa (art. 24, comma secondo, della costituzione).

La Corte, nel dichiarare fondata la questione, ha evidenziato che, come riconosciuto dallo stesso legislatore, in certi casi, che il proscioglimento può ferire la dignità del cittadino allo stesso modo d'una pronuncia di rinvio a giudizio: perciò ha stabilito che esso sia preceduto da interrogatorio o contestazione del fatto cosicché l'imputato sia messo in condizione di difendersi allo scopo di evitare questo tipo di sentenza (art. 376, ora impugnato, e art. 398 del Codice di procedura penale); per analogo motivo ha sancito l'impugnabilità

negli stessi e in altri casi (art. 387 del Codice di procedura penale). Alcune fattispecie, come il proscioglimento per insufficienza di prove, erano già incluse in queste norme al tempo della pubblicazione del Codice; altre sono state aggiunte più tardi con la riforma del 1955: e, quali che ne fossero le conclamate ragioni politico– sociali, non c'è dubbio che fra esse dominava l'esigenza di garantire il diritto di difesa (art. 24 della costituzione).

Ma il legislatore s'è fermato a metà strada. Non ha considerato che la sentenza di proscioglimento in altre ipotesi può contenere o comportare una misura di sicurezza limitatrice della libertà personale (es. il proscioglimento per totale infermità di mente); in alcune, neanch'esse richiamate dall'art. 376, può avere addirittura effetti infamanti, quanto e più dello stesso rinvio a giudizio (es. proscioglimento per intossicazione cronica da alcool o da stupefacenti); in tutte, escluse le pronunce emesse perché il fatto non sussiste o non è stato commesso dal prevenuto, attribuisce all'imputato un fatto, o non esclude l'attribuzione di un fatto, che può non costituire reato ma tuttavia essere giudicato sfavorevolmente dall'opinione pubblica o comunque dalla coscienza sociale.

Si deve aggiungere che queste sentenze di proscioglimento per loro natura sono atte a cagionare un male almeno temporaneamente irrimediabile: infatti, a differenza dalla pronuncia di rinvio, esse chiudono il giudizio e perciò non consentono una seconda fase nella quale, entro lo stesso grado del giudizio, si possa porre immediato riparo a quel male. È soprattutto per questo che, nell'orbita dell'art. 24 della costituzione, l'imputato, se non viene prosciolto perché il fatto non sussiste o non è stato commesso da lui, deve essere posto in condizione di difendersi tempestivamente, sia che il giudice proceda ad atti istruttori sia che intenda proscioglierlo senza procedervi. Questa Corte ha già osservato (vedi sentenze nn. 33 e 122 del 1966) come la garanzia per una adeguata difesa anche tecnica, nella fase che si chiude con la sentenza istruttoria, sia costituita essenzialmente dalla contestazione dell'accusa e dall'interrogatorio dell'imputato. Ne deriva che la norma impugnata, là dove esclude l'obbligatorietà dell'uno e dell'altra, non può non essere dichiarata costituzionalmente illegittima

La Corte, tuttavia, ha successivamente posto, con la **sentenza n. 109 del 1970**, una importante specificazione. Essa ha affermato infatti che è bensì vero che nel processo penale l'interrogatorio – col quale si realizza una precisa contestazione del fatto, si rendono noti all'imputato gli elementi di prova a carico e gli si offre la possibilità di discoltarsi e di indicare le prove a suo favore – costituisce importante strumento di esercizio del diritto di difesa; tuttavia, ai fini che interessano l'art. 24 della Costituzione, la necessità della sua previsione normativa deve essere valutata in riferimento alle particolarità del tipo di procedimento che di volta in volta viene in considerazione e dei provvedimenti che l'autorità giudiziaria può adottare.

Con ciò si vuol dire che, nel rispetto della norma costituzionale, l'interrogatorio è doveroso tutte le volte in cui la mancata sua assunzione possa risolversi in effettivo e concreto pregiudizio del diritto di difesa: non lo è, invece, quando la struttura stessa del processo consenta di identificare un momento processuale prima del quale quel pregiudizio non può verificarsi.

In tempi più recenti, merita di essere ricordata, per i suoi indubbi riflessi di sistema, l'**ordinanza n. 191 del 2003**, con la quale la Corte – a fronte dell'impugnativa, per contrasto

con il principio di ragionevolezza e di ragionevole durata del processo, dell'art. 64 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi prescritti debbano essere dati all'imputato anche in sede di esame dibattimentale – ha dichiarato non fondata la questione, in forza della ritenuta omogeneità tra interrogatorio nella fase delle indagini ed esame dibattimentale dell'imputato.

La Corte ha disatteso la duplice e concorrente premessa interpretativa del giudice *a quo*, la quale faceva leva, principalmente, su elementi di carattere formale, per porre in risalto i tratti differenziali che separerebbero fra loro l'interrogatorio, da un lato, e l'esame, dall'altro, concentrandosi essenzialmente – nell'evocare gli elementi tipizzanti del primo – sul destinatario dell'atto (la “persona sottoposta alle indagini”) e sulla peculiarità del relativo *nomen* (“interrogatorio”, appunto, e non esame).

Secondo la Corte, così facendo, il giudice *a quo* ha tuttavia trascurato di considerare – nel quadro della prospettata ricostruzione interpretativa e degli effetti che da essa ha preteso di desumere – la consistente serie di dati sostanziali i quali, invece, depongono per l'appartenenza dei due atti processuali ad un medesimo *genus*. Da un lato, infatti, è ben vero che l'interrogatorio ha di regola sede all'interno della fase delle indagini preliminari, ma ciò non rappresenta certo una caratteristica ineluttabile di quell'atto, ben potendo l'imputato (e non più, dunque, la “persona sottoposta alle indagini”) essere interrogato nel corso della udienza preliminare (artt. 420–quater, comma 3, e 422, comma 4, cod. proc. pen.) e financo nel corso del giudizio, ove sia stata disposta una misura cautelare (art. 294, commi 1 e 4–bis, cod. proc. pen.); mentre per contro – aspetto, questo, che sembra essere stato totalmente negletto dal giudice a quo – l'esame, proprio sul fatto altrui, può anche aver sede nella fase delle indagini preliminari, attraverso l'istituto dell'incidente probatorio (art. 392, comma 1, lett. c), a dimostrazione di come la qualità del dichiarante, in rapporto allo stadio raggiunto dal procedimento (imputato o persona sottoposta alle indagini), non possa assumersi a decisivo parametro di distinzione – agli effetti che qui interessano – al punto da far ritenere la disciplina dell'interrogatorio concettualmente incompatibile con quella dell'esame. D'altro lato, tanto l'interrogatorio che l'esame si iscrivono agevolmente nella categoria degli atti processuali a contenuto dichiarativo; entrambi possono essere ugualmente inquadrati nel novero degli strumenti difensivi; comune è, inoltre, la presenza di connotazioni probatorie; tanto l'uno che l'altro, infine, risultano caratterizzati dalla identica garanzia del *nemo tenetur se detegere*: è lo stesso rimettente, infatti, a sottolineare, proprio a questo riguardo, come nessun problema si ponga, in realtà, «in relazione agli avvertimenti sub lettere a) e b), di cui all'art. 64 c.p.p., essendo questi ultimi sostanzialmente desumibili già in forza degli artt. 208 e 209, comma 2, c.p.p., che disciplinano l'esame dell'imputato». Pertanto, risultando possibili letture del sistema diverse da quella posta a base della questione, e tali da vanificare la premessa su cui essa si radica – potendosi legittimamente far leva su di una interpretazione che consente di rendere applicabile la disciplina degli avvisi anche all'istituto dell'esame – i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal rimettente si rivelano manifestamente infondati.

### ***2.2.5. La presenza del difensore e la difesa tecnica quali momenti indefettibili del diritto di difesa.***

Fin dagli albori, la giurisprudenza della Corte è stata lapidaria nell'affermare che il ruolo del difensore e, dunque, la difesa tecnica risultano elementi indefettibili – vere e proprie condizioni di pensabilità – del diritto di difesa.

Afferma in proposito la **sentenza n. 59 del 1963**: «per quanto la presenza dell'imputato nel processo penale possa essere presa in considerazione come mezzo per garantire la sostanza della difesa, essa deve però essere valutata in funzione non limitata a singoli atti del procedimento ma estesa alla instaurazione del contraddittorio e posta in relazione all'opera del difensore. Sia che il difensore venga considerato legato alla parte da un rapporto di rappresentanza, sia che l'attività processuale dello stesso venga distinta da quella dell'imputato ma pur necessariamente conciliata in una unità finale, appare tuttavia certo che la difesa risulta sostanzialmente garantita dall'opera tecnico-professionale del difensore».

A tale iniziale affermazione di principio, seguono elaborazioni più articolate circa il ruolo del difensore, anche in relazione ai poteri attribuiti all'organo della'accusa.

La **sentenza n. 190 del 1970** (di cui si dirà anche *infra*, esaminando la figura del pubblico ministero) si segnala non soltanto per la fondamentale “collocazione” sistematica della figura del p.m., ma anche per il tratteggio teorico del rapporto accusa-difesa attraverso le rispettive figure di riferimento.

La Corte evidenzia infatti che lo *specimen* del processo penale è la controversia intorno alla responsabilità dell'imputato, e la realtà effettuale, della quale l'interprete del diritto non può non tener conto, è che in questa controversia i due poli del contraddittorio si incentrano, appunto, nel pubblico ministero da un lato, nell'imputato e nel suo difensore dall'altro. La netta distinzione fra gli interessi a tutela dei quali essi rispettivamente agiscono e fra i fini che essi conseguentemente perseguono giustifica la conclusione che nella dialettica del processo e di fronte al giudice i predetti soggetti sono da considerare parti: e, in conseguenza di ciò, tali correttamente li qualifica lo stesso codice processuale (libro primo, titolo terzo: "delle parti").

Va peraltro posto in rilievo che questa conclusione non comporta la conseguenza che i poteri processuali del pubblico ministero debbano sempre ed in ogni caso essere pari a quelli dell'imputato e del suo difensore. La peculiare posizione istituzionale e la funzione assegnata al primo ovvero esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia e di rilievo costituzionale possono giustificare una disparità di trattamento: ma la giustificano, ovviamente, solo quando in quella posizione, in quella funzione od in quelle esigenze essa possa trovare una ragionevole motivazione.

Una volta accertato che pubblico ministero ed imputato sono contrapposti protagonisti nel processo, occorre ricordare che, secondo un principio affermato dalla Corte fin dalla sentenza n. 46 del 1957 e poi fermamente e costantemente ribadito in numerose, successive occasioni, il diritto di difesa è, in primo luogo, garanzia di contraddittorio e di assistenza tecnico-professionale. Il che è quanto dire che quel diritto, di regola, è assicurato nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale, non pienamente realizzabile senza l'intervento del difensore. E che ciò sia vero anche per quanto riguarda formazione ed acquisizione delle prove durante l'istruttoria è cosa che risulta in modo non equivoco dalla decisione con la quale – sentenza n. 52 del 1965 – venne giudicata incompatibile con la Costituzione l'esclusione del difensore dall'assistenza a

determinati atti istruttori del rito sommario.

Bisogna, tuttavia, tener presente – come del pari risulta dalla costante giurisprudenza – che l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, in quanto fa riferimento ad "ogni stato e grado del procedimento", non importa necessariamente che contraddittorio e presenza del difensore abbiano ad essere garantiti in ogni momento ed in ogni atto processuale. Vero è, in effetti, che è d'uopo di volta in volta accertare, in relazione all'importanza del singolo atto, se l'assenza del difensore e la conseguente minor pienezza di contraddittorio si traducano, per gli effetti che abbiano a derivarne, in una effettiva lesione del diritto costituzionale di cui si discorre. In riferimento all'attuale questione l'indagine deve perciò rivolgersi a verificare se l'interrogatorio dell'imputato, valutato nell'economia dell'intera istruttoria, abbia un rilievo tale da comportare che l'assenza del difensore e la presenza del pubblico ministero realizzino una grave menomazione del diritto di difesa.

La Corte ritiene che al quesito debba darsi risposta affermativa. Ed invero l'importanza fondamentale dell'interrogatorio è stata già riconosciuta in numerosi episodi giurisprudenziali (da ult. cfr. sent. n. 109 del 1970), e su tale riconoscimento furono basate le dichiarazioni di illegittimità pronunziate con la sentenza n. 33 del 1966 (art. 398, c.p.p. 1930) e con la sentenza n. 151 del 1967 (artt. 376,395, ult. comma, e 398, ult. comma, c.p.p. 1930 ). La stessa legge processuale considera l'interrogatorio, oltre che mezzo di prova (art. 304, terzo comma, c.p.p. 1930, nel testo modificato dalla legge 5 dicembre 1969, n. 932), mezzo di difesa, come si evince dalla circostanza che il giudice (art. 367, secondo comma) è tenuto ad invitare l'imputato "a discolarsi e a indicare le prove in suo favore", col conseguente suo obbligo (art. 368) di "investigare su tutti i fatti e su tutte le circostanze che l'imputato ha esposto". Da tutto ciò emerge quale sia l'importanza dell'interrogatorio al fine dell'acquisizione delle prove di innocenza o di colpevolezza ed il suo carattere prodromico, sottolineato dallo stesso legislatore (art. 365 c.p.p.), rispetto all'ulteriore corso delle indagini.

Orbene, che in occasione di un atto di tanto significato l'imputato sia esposto alle osservazioni, ai rilievi, alle contestazioni del pubblico ministero senza essere assistito dal difensore, che per la sua preparazione tecnico – professionale più di lui è in grado di avvertire la necessità di opportuni chiarimenti a difesa, è cosa che (nonostante la facoltà di non rispondere che la legge n. 932 del 1969 riconosce all'imputato) non può non menomare gravemente il diritto di difesa. Val la pena, del resto, di osservare che lo stesso legislatore ha ormai avvertito l'esigenza di far posto a sia pur limitati interventi difensivi. Già nella novella del 1955 l'interrogatorio è compreso fra gli atti i cui verbali devono essere depositati entro i cinque giorni dal loro compimento (art. 304 quater c.p.p.) al fine di consentire al difensore di prenderne visione e di fare istanze; e nella recente legge 5 dicembre 1969, n. 932 (art. 8) si pone il divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dall'indiziato di reato prima della nomina del difensore. E tuttavia queste innovazioni legislative, se valgono a mostrare che già la legge ha rilevato il bisogno di consentire in certa misura, proprio in relazione all'interrogatorio, il dispiegarsi di garanzie difensive, appaiono chiaramente insufficienti a realizzare un effettivo contraddittorio. Nella disciplina tuttora vigente resta fermo che il pubblico ministero interviene al momento della formazione dell'atto con gli ampi poteri che la legge gli consente, laddove il difensore può intervenire ad atto già formato ed acquisito. E non si può omettere di considerare che la legge (art. 304 quater, quinto comma) consente che il giudice, magari proprio su richiesta del pubblico ministero, disponga che il deposito del verbale sia ritardato, con la conseguenza che l'intervento del difensore può essere spiegato

non solo dopo la formazione dell'atto, ma anche a notevolissima distanza di tempo: il che incide in maniera gravissima sul diritto di difesa, specialmente quando, trattandosi di imputato detenuto, il difensore è costretto ad ignorare a lungo perfino le precise contestazioni mosse al suo patrocinato ed il modo in cui questo si è disculpato, con la conseguenza di dover espletare il suo mandato senza essere in condizione di valutare finanche quali allegazioni e richieste difensive possano essere utili al fine di far cessare lo stato di detenzione.

La Corte ritiene che tale disparità di trattamento fra pubblico ministero e difesa dell'imputato – la quale, giova ripeterlo, può in alcuni casi risolversi in un pregiudizio eccezionalmente grave per quest'ultimo – non trovi giustificazione in motivi costituzionalmente rilevanti.

Dalla relazione governativa alla riforma del 1955, che ammise l'intervento del difensore solo agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari ed alle ricognizioni (art. 304 bis, c.p.p.), risulta che l'esclusione del difensore dall'interrogatorio fu mantenuta "al fine di permettere che l'imputato si regoli nel rispondere con la maggiore franchezza possibile alle contestazioni che gli vengono mosse, al di fuori di ogni preoccupazione e suggestione derivanti dalla presenza di terzi". Ora è facile constatare che queste ragioni, in quanto implicano una piena sfiducia nell'opera del difensore, si pongono in netto contrasto con il precetto costituzionale, che presuppone chiaramente che il diritto di difesa, lungi dal contrastare, si armonizza perfettamente con i fini di giustizia ai quali il processo è rivolto. E del resto, mentre va rilevato che la legge conferisce al giudice poteri adeguati per reprimere ogni illegittima interferenza (art. 304 bis, ultimo comma), è da contestare che le istanze e le osservazioni del difensore, sempre rivolte al giudice (art. 304 bis, terzo comma), possano preoccupare e suggestionare l'imputato più di quanto non lo preoccupi e non lo suggestioni l'attiva presenza del pubblico ministero. È, al contrario, ragionevole ritenere che l'equilibrio del contraddittorio non solo garantirebbe il diritto di difesa, ma contribuirebbe in modo rilevante ad offrire al giudice fin dal primo atto istruttorio, nella dialettica delle due parti, tutti gli elementi idonei ad orientarlo nell'esercizio della sua delicata funzione. E non è da sottovalutare la circostanza che la presenza e l'assistenza del difensore sortirebbero l'effetto di conferire maggiore fermezza ai risultati dell'interrogatorio, anche per quella parte che potesse risultare sfavorevole all'imputato. Sicché deve convenirsi che la pienezza di contraddittorio giova, per quanto riguarda l'atto qui considerato, alla stessa amministrazione della giustizia.

Né a favore della tesi dell'infondatezza della questione possono giovare le considerazioni basate sul c.d. carattere inquisitorio dell'istruzione o sulla esigenza di salvaguardare il segreto istruttorio.

Per le prime è da osservare che le linee fondamentali delle già ricordate innovazioni legislative hanno già attenuato, ed in misura notevole, le caratteristiche dell'istruttoria quali risultavano dal codice del 1930. E ad ogni modo decisiva è l'obiezione che nel contrasto fra il principio costituzionale enunciato dall'art. 24 della Costituzione e determinate strutture processuali è il primo a dover prevalere sulle seconde, non, certo, queste su quello.

Per quanto riguarda il segreto istruttorio è sufficiente constatare che alla sua tutela provvede l'art. 307 c.p.p., che, ponendo in generale il relativo obbligo a carico dei difensori per tutti gli atti ai quali essi assistano, troverebbe automatica applicazione anche all'interrogatorio, ove a questo fosse esteso l'intervento della difesa. La Corte, peraltro, ritiene suo dovere sottolineare che all'ampliamento dei poteri dei difensori si deve accompagnare l'ampliamento delle loro responsabilità, sulle quali sono chiamati a vigilare, secondo le loro

istituzionali attribuzioni, i competenti Consigli degli ordini forensi.

Accertato che la questione, nei termini e nei limiti precisati al n. 1, è fondata, la Corte è posta di fronte all'alternativa decisoria: decidere se, in relazione all'interrogatorio, la parità di contraddittorio, nel quadro della legislazione vigente, debba essere assicurata attraverso la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 303, primo comma (si da eliminare la presenza "discriminatrice" del p.m.), ovvero dell'art. 304 bis, primo comma, c.p.p., così da legittimare la presenza riequilibratrice del difensore.

In base ai criteri già enunciati nell'ordinanza n. 100 del 1970 la Corte ritiene che si debba necessariamente adottare la seconda soluzione, che è l'unica coerente coi principi generali ai quali risulta ispirato il vigente codice processuale e che meglio garantisce quel diritto inviolabile di difesa in riferimento al quale l'attuale questione viene riconosciuta fondata. Quanto al primo punto, è importante rilevare che il pubblico ministero è ammesso ad assistere a tutti gli atti di istruzione (art. 303 c.p.p.), e ciò in considerazione di quella funzione pubblica di cui innanzi si è discusso: sicché questa funzione sarebbe menomata ed a quella regola si porrebbe una irrazionale eccezione se si escludesse il suo potere di assistere all'interrogatorio; nel contempo proprio le più recenti innovazioni legislative concorrono a dimostrare una tendenza evolutiva con la quale la presenza del difensore nell'interrogatorio si armonizza meglio che non l'esclusione del pubblico ministero. Quanto al secondo punto, ciò che innanzi si è detto sulla particolare importanza dell'interrogatorio e sulle conseguenze che derivano dal divieto di assistervi fatto al difensore convincono che proprio la rimozione di questo divieto è la soluzione più idonea a realizzare la parità di contraddittorio attraverso una disciplina che, conformemente alle direttive imposte dall'art. 24 della Costituzione, consente un più efficiente esercizio del diritto di difesa.

Per tutte queste ragioni l'art. 304 bis, primo comma, del codice di procedura penale deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui esclude il diritto dell'imputato di farsi assistere dal difensore in occasione dell'interrogatorio, mentre, di conseguenza, deve essere dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale per quanto concerne il primo comma dell'art. 303.

#### ***2.2.6. Il bilanciamento: la difesa "modulata" al rito.***

Dalla stessa giurisprudenza che aveva realizzato le fruttuose aperture in ordine alla garanzia di difesa, originava, tuttavia, il riconoscimento della possibilità, per il legislatore, di modulare l'esercizio del diritto di difesa in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti necessità.

È questa una precisazione importante, dipendendo da essa – all'evidenza – la stessa funzionalità dell'accertamento penale oltre che un'affermazione assai ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, passata e recente.

Come lapidariamente ricorda la **sentenza n. 63 del 1972** – in una sorta di sintesi telegrafica dello "stato dell'arte" della giurisprudenza costituzionale – con numerose sentenze (n. 46 del 1957, n. 59 del 1959, n. 29 e 93 del 1962, n. 59 e 108 del 1963, n. 2 e 25 del 1964, n. 5 e 52 del 1965, n. 33 del 1966, e specialmente n. 190 del 1970) è stato ritenuto: a) che l'assistenza del difensore costituisce il normale presidio per la tutela del diritto di difesa; b) che, tuttavia, tale presidio non può essere disciplinato in modo uniforme, come necessità

assoluta e inderogabile, in ogni tipo di procedimento ed in ogni fase processuale, bensì va disciplinato secondo le speciali caratteristiche e modalità di attuazione di ogni singolo atto, in modo da assicurarne la finalità sostanziale.

Storicamente, la Corte rifugge da una concezione massimalista dell'assistenza del difensore – concezione che postula la presenza *necessaria* del difensore quale presenza obbligatoria, sanzionata dalla nullità processuale – con la **sentenza n. 62 del 1971**.

In essa, la Corte rileva che la censura prospettata muova dal presupposto secondo cui una puntuale osservanza dell'art. 24 della Costituzione esiga la necessaria presenza del difensore agli atti previsti dall'articolo 304 bis, così come la sua presenza è necessaria, in base all'ordinamento vigente, nella fase dibattimentale: in altri termini, per la validità degli atti istruttori di cui si discorre non dovrebbe esser ritenuto sufficiente che il difensore sia posto in grado di assistervi.

La Corte, richiamandosi ai principi costantemente affermati, secondo i quali il diritto inviolabile di difesa garantito dalla norma costituzionale di raffronto non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento ed in ogni fase processuale, ritiene che, una volta che sia stato assicurato il diritto dell'imputato di nominare un difensore di fiducia e, in mancanza di tale nomina, di essere assistito da un difensore di ufficio, ed una volta che sia stato garantito il diritto del difensore a svolgere adeguati interventi, il legislatore abbia il potere di valutare se determinati atti processuali possano essere validamente compiuti anche se il difensore si astenga dal presenziarvi. E non esce dai limiti di siffatta discrezionalità una disciplina che, diversamente valutando le esigenze difensive nella fase istruttoria ed in quella dibattimentale, ritenga, per quanto riguarda la prima, che esse non impongano, attraverso la sanzione della nullità degli atti, una necessaria partecipazione del difensore.

Le applicazioni pratiche di questi principi sono state numerose ed altrettanti, quindi, gli esempi possibili.

Uno, emblematico, lo si riscontra in tema di giudizio immediato, con la **sentenza n. 203 del 2002**. Con essa, è stata ritenuta non fondata la censura, riferita all'art. 24 Cost., dell'art. 453 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che la richiesta di giudizio immediato debba essere preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis cod. proc. pen.*

La Corte ha evidenziato che, sotto il profilo dell'esercizio del diritto di difesa, con particolare riferimento alle attività volte ad evitare il rinvio a giudizio, nella disciplina censurata non sussiste alcuna violazione dell'art. 24 Cost.

Rileva infatti che, per quanto concerne le censure che attengono alla disparità di trattamento, tenuto conto della struttura del processo penale, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di riti alternativi che mirano, attraverso la semplificazione dei meccanismi e l'abbreviazione dei tempi del procedimento, a pervenire ad una più rapida conclusione della vicenda processuale, è ragionevole che le forme di esercizio del diritto di difesa siano modulate in funzione delle caratteristiche dei singoli procedimenti speciali (v., *ex plurimis*, sentenze n. 344 del 1991 e n. 16 del 1970, nonché ordinanze n. 326 del 1999 e n. 432 del 1998). In particolare, in tema di giudizio immediato la brevità del termine, giustificata dall'evidenza della prova, entro cui il pubblico ministero deve presentare, *ex art. 454, comma 1, cod. proc. pen.*, la relativa richiesta, comporta la necessità di anticipare le attività difensive

volte ad evitare il rinvio a giudizio prima della conclusione delle indagini, e cioè a partire dal momento in cui, grazie all'interrogatorio, alla persona sottoposta alle indagini sono stati contestati i fatti dai quali emerge l'evidenza della prova. L'estensione al giudizio immediato delle modalità di esercizio del diritto di difesa previste dall'art. 415-bis cod. proc. pen. si porrebbe in antinomia con i presupposti che giustificano la costruzione di questo rito secondo criteri di massima celerità e semplificazione, senza il filtro dell'udienza preliminare, analogamente agli altri procedimenti speciali – giudizio direttissimo e decreto penale di condanna – nei quali, per ragioni diverse, non è previsto l'avviso di conclusione delle indagini.

### **2.2.7. La difesa d'ufficio**

Proprio perché indefettibile, indisponibile ed irrinunciabile, il diritto di difesa –inteso, come visto, come difesa tecnica – esige comunque la sua più completa attuazione. E' questo il presupposto teorico che traccia la via ai filoni della giurisprudenza costituzionale in tema di difesa di ufficio, autodifesa e gratuito patrocinio.

Quanto alla difesa d'ufficio, la Corte affronta con la **sentenza n. 69 del 1970** la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 630 del codice di procedura penale 1930, in quanto consente che, nei procedimenti per incidenti di esecuzione, l'interessato possa anche non essere assistito da un difensore. Ciò perché quell'articolo, prescrivendo che un difensore d'ufficio debba essere nominato all'interessato ammesso al gratuito patrocinio, nulla dispone per il caso di chi non è ammesso a quel beneficio e non ha tuttavia nominato un suo difensore.

La Corte dichiara fondata la questione, rilevando che il diritto di difesa, nell'ambito del processo penale, comprende in sé, oltre la facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche, ove egli non la eserciti, l'obbligo per lo Stato di provvedere alla difesa di lui, con la nomina di un difensore.

Questa esigenza, emersa ed appagata nel processo penale fin da tempi remoti, trova, nel piano del nostro diritto costituzionale, tutela nell'art. 24, ove questo sia letto in collegamento con l'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale e con l'art. 3 che, tutelando il principio di eguaglianza, postula che, in quel processo, la difesa d'ufficio debba essere sempre, sussidiariamente, presente, in tutti i casi che siano da considerarsi equivalenti sul piano della tutela della libertà dell'inquisito.

Con la **sentenza n. 450 del 1997**, la Corte ha precisato alcuni limiti di operatività della difesa d'ufficio. Nel caso di specie, la questione verteva sulla compatibilità dell'art. 108 c.p.p., nella parte in cui non prevede la possibilità per il difensore designato ai sensi dell'art. 97, comma 4 – vale a dire il sostituto d'ufficio, che è un difensore d'ufficio particolare, previsto per i casi in cui il difensore vero e proprio, di fiducia o d'ufficio nominato ai sensi dei precedenti commi 2 e 3 dell'articolo, non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa – nel caso di assenza del difensore di fiducia di richiedere un termine per la difesa.

La Corte, esclusa ogni possibilità di invocare a sostegno della questione il parametro rappresentato dall'art. 3 della Costituzione, ha poi esaminato la questione sotto il profilo del diritto di difesa giudiziaria, pure invocato dal giudice *a quo*.

Ma anche sotto questo aspetto ha ritenuto non fondata la questione.

Ed infatti l'imputato il cui difensore non si presenti all'udienza senza che si sia verificata alcuna delle quattro ipotesi tassativamente contemplate nell'art. 108 non può considerarsi automaticamente privo di difensore. L'avvocato che interviene come sostituto del difensore (di fiducia come d'ufficio) da questo nominato (ex art. 102) o immediatamente designato dal magistrato appena verificatasi l'assenza del difensore (art. 97, comma 4) è investito del compito di rappresentare colui che è e resta il difensore dell'imputato. E non si può dimenticare che anche l'assenza da una determinata udienza può rientrare nel quadro di una "strategia difensiva", in ipotesi concordata con l'imputato o a questo comunicata. Il principio di effettività della difesa in giudizio rimane allora adeguatamente salvaguardato, proprio perché si conservano i diritti e le facoltà propri dell'assistenza difensiva in capo all'unico soggetto chiamato ad esercitarli: il difensore che l'imputato o l'ufficio hanno originariamente designato come tale.

È ben vero che sul versante degli interessi immediati dell'imputato ad avere, almeno attraverso il sostituto, una difesa informata sui fatti e gli atti di causa, possono verificarsi delle carenze o dei difetti sotto il profilo dell'assistenza tecnica; ma si tratta di profili di mero fatto, che possono realizzarsi in tutte le ipotesi in cui il difensore, per libera scelta, ritenga di astenersi dal presenziare a determinati atti. La sua scelta partecipativa, ove non condizionata da situazioni di impedimento, non può in nessun caso turbare l'ordinato svolgersi del processo, proprio perché essa stessa è espressione di un diritto di difesa, per definizione libero nelle opzioni in cui esso si esprime. E quanto all'esigenza di assicurare la concretezza della difesa attraverso il sostituto d'ufficio designato nella stessa udienza, il giudice potrà sempre concedere allo stesso – tenendo conto della natura della attività da svolgere e della rilevanza che la stessa può assumere in relazione alla specifica posizione dell'imputato – un differimento *ad horas* per studiare gli atti e congruamente prepararsi alla difesa. Quel che non si può consentire è che attraverso una serie di assenze non previste e non motivate si innesti una serie di rinvii ex art. 108, rinvii che anche se la legge prevede che debbano essere di pochi giorni possono invece portare, come il più delle volte accade nelle condizioni attuali della vita giudiziaria, a intervalli di lunghezza insostenibile per un ordinato svolgimento della giustizia e per gli interessi delle altre parti del processo. Né si può giungere ad eludere il tassativo disposto dell'art. 486, comma 5, del codice di procedura penale, dettato proprio per garantire una adeguata difesa nel corso del dibattimento, attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 108 per asserito difetto delle previsioni in esso contenute.

### ***2.2.8. L'autodifesa.***

Un fondamentale arresto che, statuendo sul principio dell'autodifesa, costituisce una affresco generale di indubbio interesse sui connotati fondamentali della difesa tecnica, è rappresentato dalla **sentenza n. 125 del 1979**.

La Corte, con detta pronuncia, ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità degli artt. 125 e 128 del codice di procedura penale nella parte in cui prescrivono che nel giudizio (di primo grado) anche l'imputato che abbia dichiarato di non volersi difendere e di non volere essere difeso, debba, a pena di nullità, essere assistito dal difensore nominato d'ufficio.

Dei numerosi parametri costituzionali indicati nelle ordinanze di rimessione, la Corte ha considerato, in primo luogo, quello di cui all'art. 24, secondo comma, Cost.

Ed è di tutto rilievo l'analisi che, di esso, viene prospettata nella motivazione della sentenza. La Corte spiega infatti come sia del tutto pacifico che tale disposto contenga una norma di carattere generale, intesa a garantire indefettibilmente l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento giurisdizionale.

Il generale ambito di applicabilità di questa norma ben venne chiarito nella discussione avanti l'Assemblea Costituente (seduta del 15 aprile 1947) allorché l'on. Tupini, presidente della I sottocommissione, affermò che "tenuto conto degli abusi, delle incertezze e delle deficienze che hanno vulnerato nel passato l'istituto della difesa, specie per quanto attiene alla sua esclusione dai vari stati e gradi del processo giurisdizionale" si volle "con una norma chiara, assoluta, garantirne la presenza e l'esperimento attivo in tutti gli stati del giudizio e davanti a qualunque magistratura".

Il testo complessivo dell'art. 24 Cost., nella successione dei vari commi, esclude qualsiasi perplessità in proposito e porta a concludere che essenziale finalità delle norme in esame è quella di garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni (sent. n. 108 del 1963).

All'affermazione categorica del diritto inviolabile di difesa, proprio anche per la portata generale della norma che la contiene, non si accompagna, nel testo costituzionale, l'indicazione, dotata di pari forza cogente, del o dei modi di esercizio di quel medesimo diritto.

Con la conseguenza che è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, dettare specifiche modalità per l'esercizio del diritto di difesa, alla tassativa condizione, però, che esso venga, nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza.

Per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controversie ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte.

In particolare, nel processo penale e nella fase del giudizio (salvo che si tratti di contravvenzioni punibili con l'ammenda non superiore a lire tremila o con l'arresto non superiore ad un mese, anche se comminati congiuntamente) il diritto di difesa si esercita dall'imputato personalmente con l'assistenza del difensore, la cui presenza è prescritta a pena di nullità.

In questo quadro normativo, entrata in vigore la Costituzione e fino ad un passato assai prossimo, i problemi dell'"istituto della difesa" nel processo penale – per restare a questo specifico aspetto della più ampia tematica del diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali – sono stati percepiti ed affrontati nella pratica giudiziaria, dalla dottrina e dalla giurisprudenza e sono stati prospettati a questa Corte ed al Parlamento in termini di diffusione e rafforzamento in ogni stato e grado del procedimento del diritto di difesa quale concretamente esercitabile secondo le modalità previste dalle leggi processuali e, quindi, anche e soprattutto mediante l'opera del difensore (tecnico). La linea di tendenza è stata quella di garantire all'imputato, del quale sono in gioco beni ed interessi fondamentali ed irrisarcibili,

che attengono alla sua stessa personalità, il massimo di assistenza tecnica, in tutto il corso del procedimento.

Nell'implicito presupposto che il sistema della difesa giudiziaria penale, imperniato sul concorso dell'attività dell'imputato con quella del difensore tecnico, fosse immune da censure di costituzionalità, si è voluta la presenza del difensore sin dal primo contatto dell'imputato con l'autorità inquirente, anche non giudiziaria; presenza del difensore destinata ad assicurare all'imputato, cui deve essere fatta espressa menzione della facoltà, che gli compete, di non rispondere, la maggiore possibile libertà di scelta difensiva e, insieme, la più sicura garanzia di osservanza della legalità, formale e sostanziale, nel processo che lo coinvolge.

Con non celato orgoglio, la Corte afferma poi che «complessivamente si può dire che la produzione normativa del Parlamento e la giurisprudenza di questa Corte, nel decorso ventennio, hanno perseguito il fine di rendere vivo e operante in ogni stato e grado del processo penale, il precetto dell'art. 24, secondo comma, Cost., secondo le modalità previste dalla legge». Questa attività si è svolta in un quadro sociale, culturale e politico (il cui approdo è costituito dalla legge delega per la riforma del codice di procedura penale e dagli elaborati cui essa ha dato luogo) sempre più insofferente del preminente carattere inquisitorio del processo penale modellato dal codice del 1930, per la marcata prevalenza delle acquisizioni istruttorie (quando non delle indagini di polizia giudiziaria), raccolte senza effettiva partecipazione della difesa dell'imputato, rispetto alla verifica, spesso meramente confermativa, del dibattimento.

La moltiplicazione, nella fase istruttoria, nonché in quelle delle indagini preliminari e dell'esecuzione, delle occasioni in cui alla difesa dell'imputato, come attualmente strutturata, è garantito diritto di presenza per l'esercizio delle facoltà che le sono proprie, risponde alla aspirazione a fondare l'intero processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra accusa e difesa; contraddittorio la cui costituzione ed il cui funzionamento rappresentano la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale. E poiché l'equilibrio del contraddittorio (che ne misura, appunto, l'efficacia) riposa sulla tendenziale parità tra accusa e difesa, nessuno ha mai dubitato o dubita che alla specifica capacità professionale del pubblico ministero fosse e sia ragionevole contrapporre quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi ed assista l'imputato.

Certo è che la legge se può creare, disciplinandoli in modo cogente, i presupposti affinché, sulla base del rapporto processuale, si possa sviluppare il contraddittorio, nulla può, invece, per costringere l'imputato a parteciparvi personalmente, almeno da quando l'ordinamento ha rinunciato ad usare la coercizione fisica nei suoi confronti per questo fine. E nemmeno la legge pretende di sindacare il modo e l'intensità con cui viene concretamente esercitato il diritto di difesa, dall'imputato personalmente e/o dal suo difensore, sul presupposto, di regola valido, di una convergenza di intenti tra questi due soggetti.

Di fatto, l'esercizio della facoltà di intervento riconosciuta all'imputato in tutto il corso del dibattimento ed a conclusione di esso (artt. 443 e 468, terzo comma c.p.p.) incontra soltanto limiti negativi; quello specifico della pertinenza delle sue dichiarazioni rispetto all'oggetto del giudizio e quelli generali costituzionalmente posti alla libertà di manifestazione del pensiero, estendendosi, peraltro, anche a lui l'esimente di cui all'articolo 598 c.p.

Quanto ai difensori, la legge, oltre ad indicare modi e tempi di intervento, si preoccupa dei loro possibili abusi a contrastare i quali prevede gli interventi autoritativi del giudice, di cui all'art. 470 c.p.p.

Non è, invece, causa di nullità del dibattimento (e più in generale dell'intero procedimento penale) l'inadeguato e financo il mancato esercizio della facoltà e dei poteri spettanti alla difesa, il che suona conferma che l'ordinamento, mentre garantisce le condizioni per l'esperimento attivo del diritto di difesa, non ha preteso (e non poteva pretendere) di trasformare tale diritto in un dovere, la cui incoercibilità rappresenta, oltre che un dato di fatto, l'immediato risvolto di una inviolabilità che comprende sicuramente anche la piena libertà di scelte difensive.

Muovendo, con esclusivo riferimento alla fase dibattimentale, dalla constatazione che l'imputato ben può rifiutare ogni apporto personale alla propria difesa, i giudici a quibus sollevano il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 125 e 128 c.p.p. nei termini più sopra richiamati.

A tale fine, essi presuppongono entrambi che la volontà di non difendersi e di non essere difeso manifestata dall'imputato costituisca non già una rinuncia al diritto di difesa, ma una modalità di esercizio del diritto stesso, "meritevole di rispetto e tutela".

A tale prospettazione la Corte, nella specie, ritiene di attenersi, non potendo formare oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale il rifiuto non già di esercitare attivamente il diritto di difesa, ma della stessa funzione giurisdizionale e più in generale di ogni potere statale e, quindi, anche il rifiuto del ruolo di imputato, che attraverso l'astensione da ogni attività difensiva, si vorrebbe manifestare.

Si deve, allora, affermare che speculare alla inviolabilità del diritto di difesa, è la irrinunciabilità di esso, quali che ne siano le concrete modalità di esercizio. Il diritto di difesa, infatti, nel processo penale, è preordinato a tutelare beni e valori fondamentali dell'uomo, dei quali in quel procedimento si discute e decide, nonché a maggiormente garantire, anche nell'interesse dell'imputato, l'osservanza di principi dell'ordinamento costituzionale, che attengono specificamente alla disciplina del processo penale medesimo.

L'imputato non può rinunciare ai diritti inviolabili dei quali è titolare, né può disporre delle garanzie che gli derivano dalle norme costituzionali suaccennate (artt. 25, 26, 27, 101, 102, 103 ultimo comma, 109, 111, 112).

Egli può, certamente, astenersi dal compiere concrete e contingenti attività difensive intese a far valere quei diritti, senza che, peraltro, da questo suo atteggiamento possa dedursi una rinuncia ad essi, alla possibilità cioè di farli valere in un momento successivo del procedimento o, comunque, anche dopo la conclusione di esso, nei modi e salve le preclusioni che fossero stabilite dalla legge processuale in termini costituzionalmente corretti.

Per fare gli esempi più elementari, non potrebbe certo negarsi all'imputato che abbia rifiutato di difendersi, personalmente e a mezzo del suo difensore, il diritto di impugnare la sentenza di condanna emessa nel giudizio di primo grado, ovvero di ricorrere per cassazione contro una sentenza ritenuta da lui ingiusta emessa a definizione del giudizio di appello.

Ad uguale conclusione si dovrebbe pacificamente pervenire in punto di ammissibilità della domanda di revisione di una sentenza di condanna divenuta irrevocabile avanzata dal condannato che avesse rifiutato di difendersi e di essere difeso in quel giudizio.

Si deve dunque concludere che il diritto di difesa nel giudizio penale – per restare al *thema decidendum* – è non soltanto inviolabile, ma è altresì irrinunciabile, con la conseguenza che il rifiuto di compiere o di consentire al compimento di determinate attività difensive non può costituire di per sé preclusione assoluta allo svolgimento di altre ulteriori.

Se così è, la obbligatoria presenza al dibattimento del difensore, perché presti la propria

assistenza all'imputato, prevista a pena di nullità dall'art. 125 c.p.p., non contrasta certamente con l'art. 24, secondo comma, Cost.

Nelle fattispecie, quali quelle prospettate dai giudici *a quibus*, di assenza volontaria dal dibattimento dell'imputato, motivata dal suo rifiuto di difendersi e di essere difeso, la presenza obbligatoria del difensore di ufficio, nei limiti desumibili dai soli artt. 125 e 128 c.p.p., assicura la regolarità del dibattimento stesso e la possibilità del concreto ed efficace esperimento attivo dell'irrinunciabile diritto di difesa, contemperando così l'esercizio di tale diritto e quello della funzione giurisdizionale, in modo da evitare che le facoltà connesse al primo possano essere usate in modo perverso per intralciare e paralizzare il secondo.

Ai fini della decisione è, dunque, sufficiente ribadire che le norme denunziate, nelle quali non si esprime una scelta legislativa costituzionalmente obbligatoria, sono meramente strumentali a modi di esercizio del diritto di difesa, nel giudizio penale, immuni da censure sul piano costituzionale.

### **2.3. Parità delle parti**

La statuizione della "parità delle parti" nel processo contenuta nel secondo comma dell'art. 111 Cost. ha conferito, secondo un'affermazione costante della giurisprudenza costituzionale, veste autonoma ad un principio pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali, ben prima dunque

Principio con il quale la giurisprudenza si è in effetti confrontata anche prima della novella costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, soprattutto, statisticamente, nello specifico ambito dei poteri di impugnazione delle parti. E' stato questo il terreno sul quale si sono prodotte le affermazioni più rilevanti in ordine alle coordinate teoriche essenziali del principio, poi confermate anche alla luce del "nuovo" parametro in cui esso è stato formalmente esplicitato.

Nella **sentenza n.98 del 1994**, ad esempio, la Corte è stata chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale degli artt. 443 e 595 del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 3 e 112 della Costituzione, nella parte in cui non consentono al pubblico ministero, in esito al giudizio abbreviato, di proporre impugnazione incidentale nel caso in cui l'imputato proponga appello avverso la sentenza di condanna.

La pronuncia, che ha dichiarato non fondata la questione, con una argomentazione essenziale quanto efficace affronta il profilo della parità dei poteri delle parti (imputato e p.m.) collocandoli all'interno dei rispettivi valori costituzionali di riferimento, obbligatorietà dell'azione penale per il p.m. e diritto di difesa per l'imputato.

La Corte muove dal riconoscimento che, pur avendo affermato (sentenza n. 177 del 1971) che, in riferimento all'art. 112 della Costituzione, il potere di impugnazione "è un'estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale, un atto conseguente [...] al promovimento dell'azione penale", ha tuttavia escluso (arg. ex sent. n. 363 del 1991) che esso debba configurarsi in modo simmetrico rispetto al diritto di difesa dell'imputato.

Difatti nell'ultima delle sentenze citate, mentre si è affermato che il potere di impugnazione riconosciuto in via di principio all'imputato quale esplicazione del diritto di difesa e dell'interesse a far valere la propria innocenza non può essere sacrificato in vista delle

finalità deflattive cui si affida la previsione del giudizio abbreviato, non si è ritenuto che tale riconoscimento ne comporti uno corrispondente per il pubblico ministero, le cui funzioni non sono assistite da garanzie di intensità pari a quelle assicurate all'imputato dall'art. 24 della Costituzione il quale non riguarda l'organo di accusa.

La configurazione dei poteri del pubblico ministero rimane perciò affidata alla legge ordinaria, che potrebbe essere censurata per irragionevolezza solo se i poteri stessi, nel loro complesso, dovessero risultare inidonei all'assolvimento dei compiti previsti dall'art. 112 della Costituzione.

D'altronde non può disconoscersi come la vigente disciplina preveda, in alcune fasi del procedimento penale, talune posizioni di vantaggio per l'organo d'accusa, il che non fa apparire irragionevole che il legislatore, per realizzare a pieno il diritto di difesa costituzionalmente garantito e ristabilire la parità processuale, munisca in altre fasi l'imputato di altri poteri cui non debbano necessariamente corrispondere simmetrici poteri per il pubblico ministero, fatte salve ovviamente le posizioni a questi costituzionalmente garantite ai fini del complessivo assolvimento delle sue attribuzioni.

Né può dimenticarsi, comunque, che è l'art. 24 della Costituzione ad assumere nella disciplina processuale valore preminente, essendo il diritto di difesa inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona, talché, anche secondo l'indirizzo costante di questa Corte (in cui la riaffermazione del principio della "parità delle armi" tra accusa e imputato si è modulata non solo e tanto sull'identità delle rispettive posizioni, quanto sul raccordo con l'esigenza di non comprimere poteri e facoltà dell'imputato riconducibili al precetto dell'art. 24 della Costituzione), esso non potrebbe essere sacrificato in vista di altre esigenze, come quella relativa alla speditezza del processo.

Diverso è il valore dell'art. 112 della Costituzione, invocato nell'ordinanza di rinvio, in quanto esso, nell'attribuire al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale, configura un potere che legittimamente può cedere di fronte ad esigenze del tipo di quella indicata, che non potrebbero invece condizionare, al di là dell'indispensabile, il diritto di difesa, senza per questo porre in discussione neppure il principio di uguaglianza, anch'esso invocato dal giudice a quo. Difatti la diversità dei poteri spettanti, ai fini delle impugnazioni, all'imputato ed al pubblico ministero è giustificata dalla differente garanzia rispettivamente loro assicurata dagli artt. 24 e 112 della Costituzione.

Questa prospettiva di comparazione e di bilanciamento torna ad evidenziarsi anche, come si accennava, nelle pronunce successive alla modifica dell'art. 111 Cost.

Nella **ordinanza n. 421 del 2001**, la Corte è chiamata a risolvere il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 443, comma 3, e 595 del codice di procedura penale, nella parte in cui non consentono al pubblico ministero di proporre appello, sia in via principale che in via incidentale, avverso le sentenze di condanna emesse a seguito di giudizio abbreviato: ipotesi finitima, anche se non coincidente, con quella scrutinata nel 1994.

La Corte muove da una fondamentale affermazione iniziale: l'attuale secondo comma dell'art. 111 Cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 — nel conferire veste autonoma ad un principio, quale quello di parità delle parti, pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali — non ha inciso sulla validità dell'affermazione, cui si è costantemente ispirata in precedenza la giurisprudenza della Corte, in forza della quale il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri

processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato. Infatti, una disparità di trattamento può risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia (cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 98 e n. 324 del 1994, n. 432 del 1992, n. 363 del 1991; ordinanza n. 426 del 1998);

La Corte rammenta quindi come, in tale ottica, essa abbia già escluso – proprio in riferimento alla nuova disciplina del giudizio abbreviato introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 – che il mancato riconoscimento al pubblico ministero di un potere di iniziativa probatoria, analogo a quello attribuito dall'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. all'imputato che abbia presentato la richiesta del rito alternativo, violi il nuovo parametro costituzionale: e ciò in quanto si tratta di asimmetria ragionevolmente giustificata dalla diversa posizione in cui vengono a trovarsi i due soggetti processuali nell'ambito del giudizio abbreviato, tenuto conto del ruolo svolto dal pubblico ministero nelle indagini preliminari, sulla base delle cui risultanze l'imputato consente di essere giudicato (cfr. sentenza n. 115 del 2001).

Dunque, è già all'interno del rito speciale (abbreviato) che si riscontra una "ragionevole asimmetria" che vale a "compensare" la preminenza del ruolo svolto dall'organo dell'accusa nelle indagini preliminari: ed il riverbero ulteriore di tale compensazione è nella diversa distribuzione dei poteri impugnatori.

Questi concetti trovano sistematica elaborazione nella importante pronuncia, sempre in tema di poteri di impugnazione in capo alle parti, rappresentata dalla **sentenza n. 26 del 2007**, con la quale la Corte ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, escludeva che il pubblico ministero potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva.

L'*incipit* argomentativo è rappresentato dal rilievo che il secondo comma dell'art. 111 Cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione) – nello stabilire che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità» – abbia conferito veste autonoma ad un principio, quello di parità delle parti, «pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali» (ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Anche dopo la novella costituzionale, resta pertanto pienamente valida, secondo la Corte, l'affermazione – costante nella giurisprudenza anteriore (*ex plurimis*, sentenze n. 98 del 1994, n. 432 del 1992 e n. 363 del 1991; ordinanze n. 426 del 1998, n. 324 del 1994 e n. 305 del 1992) – secondo la quale, nel processo penale, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: potendo una disparità di trattamento «risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia» (ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Alla luce di tale consolidato indirizzo, le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, correlate alle diverse condizioni di

operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici – essendo l’una un organo pubblico che agisce nell’esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi; l’altra un soggetto privato che difende i propri diritti fondamentali (*in primis*, quello di libertà personale), sui quali inciderebbe una eventuale sentenza di condanna – impediscono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell’*iter* processuale, in un’assoluta simmetria di poteri e facoltà. Alterazioni di tale simmetria – tanto nell’una che nell’altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) – sono invece compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un’adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un’ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s’innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza.

Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l’ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l’adeguatezza della *ratio* e la proporzionalità dell’ampiezza di tale “scalino” rispetto a quest’ultima. Siffatta verifica non può essere pretermessa, se non a prezzo di un sostanziale svuotamento, in parte qua, della clausola della parità delle parti: non potendosi ipotizzare, ad esempio, che la posizione di vantaggio di cui fisiologicamente fruisce l’organo dell’accusa nella fase delle indagini preliminari, sul piano della ricchezza degli strumenti investigativi – posizione di vantaggio che riflette il ruolo istituzionale di detto organo, avuto riguardo anche al carattere “invasivo” e “coercitivo” di determinati mezzi d’indagine – abiliti di per sé sola il legislatore, in nome di un’esigenza di “riequilibrio”, a qualsiasi *deminutio*, anche la più radicale, dei poteri del pubblico ministero nell’ambito di tutte le successive fasi. Una simile impostazione – negando, di fatto, l’esistenza di limiti di compatibilità costituzionale alla distribuzione asimmetrica delle facoltà processuali tra i contendenti – priverebbe di ogni concreta valenza la clausola di parità: risultato, questo, tanto meno accettabile a fronte della sua attuale assunzione ad espresso ed autonomo precetto costituzionale.

All’indicata chiave di lettura si è, in effetti, costantemente ispirata la giurisprudenza di questa Corte relativa alla tematica – che viene qui specificamente in rilievo – delle possibili dissimmetrie a sfavore del pubblico ministero in punto di poteri di impugnazione.

Nello scrutinare le questioni di legittimità costituzionale sollevate a tal proposito, la Corte rammenta di aver sempre recepito come corretta la premessa fondante di esse: che, cioè, la disciplina delle impugnazioni, quale capitolo della complessiva regolamentazione del processo, si collochi anch’essa – sia pure con le peculiarità che poco oltre si evidenzieranno – entro l’ambito applicativo del principio di parità delle parti; premessa, questa, la cui validità deve essere confermata.

Il principio in parola non è infatti suscettibile di una interpretazione riduttiva, quale quella che – facendo leva, in particolare, sulla connessione proposta dall’art. 111, secondo comma, Cost. tra parità delle parti, contraddittorio, imparzialità e terzietà del giudice – intendesse negare alla parità delle parti il ruolo di connotato essenziale dell’intero processo,

per concepirla invece come garanzia riferita al solo procedimento probatorio: e ciò al fine di desumerne che l'unico mezzo d'impugnazione, del quale le parti dovrebbero indefettibilmente fruire in modo paritario, sia il ricorso per cassazione per violazione di legge, previsto dall'art. 111, settimo comma, Cost.

Una simile ricostruzione finirebbe difatti per attribuire al principio di parità delle parti, in luogo del significato di riaffermazione processuale dei principi di cui all'art. 3 Cost., una antitetica valenza derogatoria di questi ultimi: soluzione tanto meno plausibile a fronte del tenore letterale della norma costituzionale, nella quale la parità delle parti è enunciata come regola generalissima, riferita indistintamente ad «ogni processo» e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell'iter processuale. Né può trarsi argomento, in contrario, dallo specifico risalto che il legislatore costituzionale ha inteso assegnare al valore del contraddittorio nel processo penale, attestato dalle puntuali «direttive» al riguardo impartite nel quarto e nel quinto comma dell'art. 111 Cost.: non potendosi ritenere, anche sul piano logico, che tale distinto valore – anziché affiancarsi, rafforzandolo, al principio di parità – sia destinato ad esplicare un ruolo limitativo del medesimo; così da legittimare l'idea – palesemente inaccettabile rispetto ad altri tipi di processo, quale, ad esempio, il processo civile – per cui, nel processo penale, la clausola di parità opererebbe solo nei confini del procedimento di formazione della prova.

Ciò posto, la Corte ha ribadito che, anche per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni, parità delle parti non significa, nel processo penale, necessaria omologazione di poteri e facoltà.

A tal proposito – sulla premessa che la garanzia del doppio grado di giurisdizione non fruisce, di per sé, di riconoscimento costituzionale (*ex plurimis*, sentenza n. 280 del 1995; ordinanza n. 316 del 2002) – la Corte, richiamando la propria giurisprudenza pregressa, ha in particolare rilevato come il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero presenti margini di «cedevolezza» più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato. Il potere di impugnazione della parte pubblica trova, infatti, copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio di parità delle parti – «flessibile» in rapporto alle *rationes* dianzi evidenziate – non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost. (sentenza n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001 e n. 426 del 1998); mentre il potere di impugnazione dell'imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso (sentenza n. 98 del 1994).

Ciò non toglie, tuttavia, che le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare – ai fini del rispetto del principio di parità – soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità dianzi lumeggiati: non potendosi ritenere, anche su questo versante – se non a prezzo di svuotare di significato l'enunciazione di detto principio con riferimento al processo penale – che l'evidenziata maggiore «flessibilità» della disciplina del potere di impugnazione del pubblico ministero legittimi qualsiasi squilibrio di posizioni, sottraendo di fatto, in radice, le soluzioni normative *in subiecta materia* allo scrutinio di costituzionalità.

In simile ottica, la Corte rammenta di essersi quindi ripetutamente pronunciata – tanto

prima che dopo la modifica dell'art. 111 Cost. – nel senso della compatibilità con il principio di parità delle parti della norma che escludeva l'appello del pubblico ministero avverso le sentenze di condanna emesse a seguito di giudizio abbreviato, anche nella sola forma dell'appello incidentale, salvo si trattasse di sentenza modificativa del titolo del reato (artt. 443, comma 3, e 595 cod. proc. pen.).

Al riguardo, si è infatti osservato come la soppressione del potere della parte pubblica di impugnare nel merito decisioni che segnavano «comunque la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere nel processo attraverso l'azione intrapresa» – essendo lo scarto tra la richiesta dell'accusa e la sentenza sottratta all'appello non di ordine «qualitativo», ma meramente «quantitativo» – risultasse razionalmente giustificabile alla luce dell'«obiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo il rito alternativo di cui si tratta» (sentenza n. 363 del 1991; ordinanze n. 305 del 1992 e n. 373 del 1991): rito che – sia pure per scelta esclusiva dell'imputato, dopo le modifiche attuate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 – «implica una decisione fondata, in primis, sul materiale probatorio raccolto dalla parte che subisce la limitazione censurata, fuori delle garanzie del contraddittorio» (ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Tali caratteristiche del giudizio abbreviato – che conferiscono un particolare risalto alla dissimmetria di segno opposto, riscontrabile a favore del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, le cui risultanze sono direttamente utilizzabili ai fini della decisione (al riguardo, si veda la sentenza n. 98 del 1994) – valevano, dunque, a rendere la scelta normativa in discorso «incensurabile sul piano della ragionevolezza in quanto proporzionata al fine preminente della speditezza del processo» (sentenza n. 363 del 1991). Fine al quale non avrebbe potuto essere invece sacrificato – per la ragione dianzi indicata – lo speculare potere di impugnazione dell'imputato (sentenza n. 98 del 1994).

Ben diversa è la situazione nel caso oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità.

Al di sotto dell'assimilazione formale delle parti – «il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna» (ergo, non contro quelle di proscioglimento) – la norma censurata racchiude una dissimmetria radicale. A differenza dell'imputato, infatti, il pubblico ministero viene privato del potere di proporre doglianze di merito avverso la sentenza che lo veda totalmente soccombente, negando *per integrum* la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere con l'azione intrapresa, in rapporto a qualsiasi categoria di reati.

Né varrebbe, al riguardo, opporre che l'inappellabilità – sancita per entrambe le parti – delle sentenze di proscioglimento si presta a sacrificare anche l'interesse dell'imputato, segnatamente allorché il proscioglimento presupponga un accertamento di responsabilità o implichi effetti sfavorevoli. Tale conseguenza della riforma – in ordine alla quale sono stati prospettati ulteriori e diversi problemi di costituzionalità, di cui la Corte non è chiamata ad occuparsi in questa sede – non incide comunque sulla configurabilità della rilevata sperequazione, per cui una sola delle parti, e non l'altra, è ammessa a chiedere la revisione nel merito della pronuncia a sé completamente sfavorevole.

È evidente, poi, come tale sperequazione non venga attenuata, se non in modo del tutto marginale, dalla previsione derogatoria di cui al comma 2 dell'art. 593 cod. proc. pen., in forza della quale l'appello contro le sentenze di proscioglimento è ammesso nel caso di sopravvenienza o scoperta di nuove prove decisive dopo il giudizio di primo grado (...).

Risulta, infatti, palese come l'ipotesi considerata – sopravvenienza o scoperta di nuove prove decisive nel corso del breve termine per impugnare (art. 585 cod. proc. pen.) – presenti connotati di eccezionalità tali da relegarla a priori ai margini dell'esperienza applicativa (oltre a non coprire, ovviamente, l'errore di valutazione nel merito).

Altrettanto evidente, ancora, è come l'eliminazione del potere di appello del pubblico ministero non possa ritenersi compensata – per il rispetto del principio di parità delle parti – dall'ampliamento dei motivi di ricorso per cassazione, parallelamente operato dalla stessa legge n. 46 del 2006 (lettere d ed e dell'art. 606, comma 1, cod. proc. pen., come sostituite dall'art. 8 della legge): e ciò non soltanto perché tale ampliamento è sancito a favore di entrambe le parti, e non del solo pubblico ministero; ma anche e soprattutto perché – quale che sia l'effettiva portata dei nuovi e più ampi casi di ricorso – il rimedio non attinge comunque alla pienezza del riesame di merito, consentito dall'appello.

La rimozione del potere di appello del pubblico ministero si presenta, per altro verso, generalizzata e “unilaterale”.

È generalizzata, perché non è riferita a talune categorie di reati, ma è estesa indistintamente a tutti i processi: di modo che la riforma, mentre lascia intatto il potere di appello dell'imputato, in caso di soccombenza, anche quando si tratti di illeciti bagatellari – salva la preesistente eccezione relativa alle sentenze di condanna alla sola pena dell'ammenda (art. 593, comma 3, cod. proc. pen.; si veda, altresì, per i reati di competenza del giudice di pace, l'art. 37 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) – fa invece cadere quello della pubblica accusa anche quando si discuta dei delitti più severamente puniti e di maggiore allarme sociale, che coinvolgono valori di primario rilievo costituzionale.

È “unilaterale”, perché non trova alcuna specifica “contropartita” in particolari modalità di svolgimento del processo – come invece nell'ipotesi già scrutinata dalla Corte in relazione al rito abbreviato, caratterizzata da una contrapposta rinuncia dell'imputato all'esercizio di proprie facoltà, atta a comprimere i tempi processuali – essendo sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito.

A fronte delle evidenziate connotazioni, l'alterazione del trattamento paritario dei contendenti, indotta dalla norma in esame, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità, sulla base delle *rationes* che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma.

La Corte conclude, quindi, evidenziando che, alla luce di tali considerazioni, si deve dunque ribadire che, nella cornice dei valori costituzionali, la parità delle parti non corrisponde necessariamente ad una eguale distribuzione di poteri e facoltà fra i protagonisti del processo. In particolare, per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni – ferma restando la possibilità per il legislatore, d'anzì accennata, di una generale revisione del ruolo e della struttura dell'istituto dell'appello – non contraddice, comunque, il principio di parità l'eventuale differente modulazione dell'appello medesimo per l'imputato e per il pubblico ministero, purché essa avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità, che si sono a più riprese ricordati.

Nella specie, per contro, la menomazione recata dalla disciplina impugnata ai poteri della parte pubblica, nel confronto con quelli speculari dell'imputato, eccede il limite di tollerabilità costituzionale, in quanto non sorretta da una *ratio* adeguata in rapporto al carattere radicale, generale e “unilaterale” della menomazione stessa: oltre a risultare – per

quanto dianzi osservato – intrinsecamente contraddittoria rispetto al mantenimento del potere di appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna.

#### **2.4. Ragionevole durata del processo.**

Il principio della “ragionevole durata” quale garanzia di equità del processo costituisce un inedito per il sistema costituzionale italiano fino alla modifica dell’art. 111 Cost.

Nondimeno, fin dalle prime pronunce con le quali si confronta con tale nuovo parametro, la Corte assegna all’ampia discrezionalità del legislatore, con il limite di scelte non manifestamente irragionevoli, la pratica traduzione del principio nelle regole di funzionamento del processo, evocando, in taluni casi, l’antica parametrizzazione con l’art. 97 Cost. In ogni caso, la giurisprudenza della Corte evoca – proprio in funzione di un canone di “ragionevolezza – il necessario contemperamento con le altre tutele costituzionali.

Nella prima pronuncia che considera la potenziale violazione del nuovo parametro, l’**ordinanza n. 32 del 2001**. La doglianza avanzata dal rimettente investiva infatti direttamente l’esame dell’art. 111 della Costituzione, sul presupposto che la norma censurata in materia di rito civile – nel prescrivere che, in caso di mancata comparizione delle parti alla prima udienza, occorresse fissare una nuova udienza, con obbligo per la cancelleria di avviso alle parti costituite – risultava incongrua, in relazione a tale adempimento, ad assicurare la ragionevole durata dei processi civili.

La Corte, dichiarando manifestamente infondata la questione, evidenzia di avere già esaminato altre questioni di legittimità costituzionale della stessa norma oggi impugnata, allora sollevate in relazione, tra gli altri, al diverso parametro di cui all’art. 97 Cost., ritenendole manifestamente infondate poiché “il legislatore, nel regolare il funzionamento del processo, dispone della più ampia discrezionalità, sicché le scelte concretamente compiute sono sindacabili soltanto ove manifestamente irragionevoli” e che “i lamentati inconvenienti di fatto derivanti dall’applicazione di norme non possono costituire unico fondamento di questioni di legittimità costituzionale” (ordinanza n. 7 del 1997). L’introduzione nella Costituzione del nuovo testo dell’art. 111 non produce modifiche all’orientamento di questa Corte sul punto, dal momento che l’esigenza di garantire la maggior celerità possibile dei processi deve tendere ad una durata degli stessi che sia, appunto, “ragionevole” in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia, in relazione al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio garantito dall’art. 24 Cost. Il legislatore continua quindi a disporre della più ampia discrezionalità in materia, pur essendo vincolato a scelte che non siano prive di una valida ragione, ora anche sotto il profilo della durata dei processi: e la scelta di prevedere, in caso di mancata comparizione delle parti all’udienza civile, la fissazione entro quindici giorni dalla precedente di una nuova udienza con avviso da dare alle parti costituite, non può di per sé importare una durata irragionevole del processo.

Nella **ordinanza n. 204 del 2001**, si afferma che il principio della ragionevole durata del processo, sancito dalla norma costituzionale invocata a seguito delle modifiche operate dall’art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, deve essere letto – alla luce dello stesso richiamo al connotato di “ragionevolezza”, che compare nella formula normativa – in correlazione con le altre garanzie previste dalla Carta costituzionale, a cominciare da quella

relativa al diritto di difesa (art. 24 Cost.), cosicché il legislatore conserva ampia discrezionalità nella definizione della disciplina processuale, salvo il divieto di scelte prive di valida ragione giustificativa, ora anche sotto il profilo della durata dei processi (v. ordinanza n. 32 del 2001).

Affermazione, questa, assolutamente costante nella giurisprudenza della Corte: ad esempio, **nell'ordinanza n. 399 del 2001**, dove la Corte esplicita che – pacifico l'assunto secondo cui il principio della ragionevole durata del processo deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo penale – il controllo di costituzionalità può riguardare solo l'attuazione positiva di tale temperamento, che, ove sia frutto di scelte assistite, da «valide giustificazioni», non è sindacabile sul terreno costituzionale; (v. ordinanze nn. 204 e 32 del 2001); o come nella **ordinanza n. 418 2004**, ove – a fronte della doglianza del giudice rimettente secondo cui il principio di ragionevole durata del processo sarebbe violato dalla necessità di rinnovare l'istruzione dibattimentale in precedenza svolta da un giudice poi sostituito – si afferma che il principio di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost. deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo penale e che tale temperamento, ove risulti, come nel caso di specie, non irragionevolmente realizzato, non si presta a censure sul terreno costituzionale.

A queste affermazioni generali, si aggiungono, nel tempo, alcune specificazioni. Una di esse è che le doglianze eventualmente prospettate che si appuntano su inconvenienti che concernono aspetti organizzativi della giustizia, non toccano profili di legittimità costituzionale (ordinanze n. 7 del 1997, n. 32 del 2001, n. 408 del 2001) e, dunque, la “garanzia della maggior celerità dei processi” non è principio che possa subire violazioni da mere circostanze o accidenti di fatto (**ordinanza n. 519 del 2002**).

Significativa applicazione di questo limite dell' “accidentalità di fatto” è quanto argomentato dalla Corte nella **sentenza n. 298 del 2008**. La censura, sollevata dalla Corte di cassazione, investiva, in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, l'art. 9, comma 2, della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui – modificando l'art. 36, comma 1, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 – non consente al pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento del giudice di pace; nonché dell'art. 10, comma 2, della citata legge n. 46 del 2006, nella parte in cui prevede che l'appello proposto dal pubblico ministero contro una di dette sentenze, prima della data di entrata in vigore della medesima legge, venga dichiarato inammissibile. Tra gli argomenti spesi dal rimettente a sostegno del fondamento della censura figurava anche quello secondo cui l'esclusione dell'appello della parte pubblica contro le sentenze di proscioglimento non risponderebbe neppure ad una esigenza di semplificazione: al contrario, nel caso di assoluzione ingiusta, essa provocherebbe un aumento dei gradi di giudizio occorrenti onde pervenire alla decisione definitiva; con conseguente compromissione anche del principio di ragionevole durata del processo.

La Corte ha chiarito che, in generale, la scelta del legislatore di escludere la proponibilità di censure di merito, da parte del pubblico ministero, avverso le sentenze di proscioglimento del giudice di pace – a dispetto del mantenimento di un (circoscritto) potere

di appello dell'imputato avverso le sentenze di condanna – non può ritenersi eccedente i limiti di compatibilità con il principio di parità delle parti. Tale scelta trova, infatti, una sufficiente *ratio* giustificatrice sia nella ritenuta opportunità di evitare un secondo giudizio di merito, ad iniziativa della parte pubblica, nei confronti di soggetti già prosciolti per determinati reati “di fascia bassa”, all'esito di un procedimento improntato a marcata rapidità e semplificazione di forme; sia – almeno in parte – nell'ottica del riequilibrio dei poteri rispetto ad un assetto nel quale ad essere collocato in posizione di svantaggio era, sotto certi aspetti, l'imputato: ossia, proprio la parte il cui diritto d'appello ha una maggiore “forza di resistenza” rispetto a spinte di segno soppresivo.

Sul punto specifico della asserita violazione dell'art. 111, secondo comma, la Corte ha evidenziato come l'eventualità, allegata dal giudice *a quo*, che – in contrasto con la «esigenza semplificativa o di ragionevole durata del processo» – l'intervento normativo censurato determini, in caso di assoluzione ingiusta, un aumento dei gradi di giudizio occorrenti onde pervenire alla decisione definitiva (stante il carattere, di regola, solo rescindente del giudizio di cassazione), costituisce, per l'appunto, una semplice eventualità: ed in tali termini essa era stata evocata, in un'ottica contrapposta, dalla sentenza n. 320 del 2007 di questa Corte, citata dal giudice *a quo*. D'altronde, è indubbio che, sotto altri versanti, l'esclusione del giudizio di appello su iniziativa della parte pubblica comporti, viceversa, un risparmio di attività processuali.

La Corte mostra poi di ritenere che il principio di ragionevole durata vada, per così dire, parametrato non sul singolo segmento processuale, ma sull'intero meccanismo, nell'ambito della cui valutazione complessiva possono ipotizzarsi delle “compensazioni temporali” idonee a realizzare e preservare il valore costituzionale in questione.

È quanto emerge, ad esempio, nella **sentenza n. 242 del 2009**, il cui oggetto è lo scrutinio di legittimità costituzionale dell'art. 428 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui non consente al pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di non luogo a procedere. Tra le censure prospettate, risultava anche quella della contrarietà del nuovo disposto dell'art. 428 cod. proc. pen. al principio di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), è dirimente il rilievo che – secondo quanto già affermato in più occasioni da questa Corte – una lesione del predetto principio non è comunque configurabile ove l'allungamento dei tempi del procedimento, eventualmente indotto dalla norma denunciata, risulti compensato dal possibile risparmio di attività processuali su altri versanti: rimanendo, in tal caso, affidata alla discrezionalità legislativa la valutazione comparativa tra «costi» e «benefici» della scelta operata (sentenze n. 64 del 2009 e n. 298 del 2008, quest'ultima con riferimento alla soppressione del potere di appello del pubblico ministero contro le sentenze del giudice di pace).

Nel caso in esame, a prescindere da ogni apprezzamento di merito, l'effetto negativo indotto dalla eventuale regressione del procedimento – conseguente al fatto che, nel caso di accoglimento del gravame del pubblico ministero, la Corte di cassazione (a differenza della corte d'appello) non può direttamente emettere il decreto di citazione a giudizio, ma deve annullare con rinvio la sentenza impugnata – appare comunque compensato, in termini di riduzione complessiva dei tempi necessari alla celebrazione del processo, dalla eliminazione

del secondo grado di giudizio (che vale a comprimere tali tempi, specie nel caso in cui le doglianze del pubblico ministero risultassero infondate).

## 2.5. Immediatezza ed identità del giudice.

Nella recente **ordinanza n. 205 del 2010**, la Corte ha delibato il dubbio di legittimità costituzionale, sollevato in riferimento agli artt. 3, 101 e 111 della Costituzione, dell'art. 525, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevede che «alla deliberazione debbano concorrere a pena di nullità assoluta i medesimi giudici che hanno partecipato al dibattimento». Il rimettente si doleva, segnatamente, della disciplina delle modalità di rinnovazione del dibattimento dopo il mutamento del giudice–persona fisica, quale risultante alla luce dell'interpretazione accolta dalle sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 15 gennaio 1999–17 febbraio 1999, n. 2) e recepita dalla giurisprudenza di legittimità successiva.

La decisione offre alla Corte l'occasione per effettuare una serie di importanti precisazioni in ordine al principio di immediatezza e sulla sua incidenza nella configurazione del modello processuale nazionale.

Ricostruito il quadro normativo – quale risulta anche dal “diritto vivente” – e richiamata la propria pregressa giurisprudenza – evidenziando di aver già più volte dichiarato manifestamente infondate questioni analoghe a quella odierna (ordinanze n. 318 del 2008; n. 67 del 2007; n. 418 del 2004; n. 73 del 2003; n. 59 del 2002; n. 431 e n. 399 del 2001) –, la Corte ha rilevato come la disciplina oggetto di scrutinio si correli al principio di immediatezza, che ispira l'impianto del codice di rito e di cui la regola dell'immutabilità del giudice costituisce strumento attuativo: principio che postula – salve le deroghe espressamente previste – l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e il giudice che decide. In tale ottica, la disciplina censurata risulta tutt'altro che irrazionale: la parte che chiede la rinnovazione dell'esame del dichiarante esercita infatti il proprio diritto, garantito dal principio di immediatezza, «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» (ordinanze n. 318 del 2008, n. 67 del 2007 e n. 418 del 2004).

Con specifico riferimento, poi, alle censure prospettate, la Corte ha escluso che sia configurabile una violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo del diverso trattamento riservato a fattispecie identiche o similari. Invero, si è rilevato come sia erroneo il richiamo, quale *tertium comparationis*, all'art. 238 cod. proc. pen., in tema di acquisizione dei verbali di prove provenienti da altro procedimento, il quale non consente affatto – in presenza della richiesta di nuovo esame avanzata da una delle parti – di utilizzare mediante lettura le precedenti dichiarazioni assunte da diverso giudice (ordinanza n. 399 del 2001; in senso conforme, ordinanze n. 59 del 2002 e n. 431 del 2001), posto che il comma 5 dell'art. 238 cod. proc. pen. fa espressamente salvo il diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite; mentre l'art. 511–bis cod. proc. pen., nel prevedere che il giudice dia lettura dei verbali degli atti indicati dall'art. 238, richiama il comma 2 dell'art. 511 cod. proc. pen., che prescrive che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame del dichiarante, salvo che questo non abbia luogo.

Per altro verso, del tutto incongrue risultano essere poi, secondo la Corte, le considerazioni sulla cui base il rimettente prospetta la violazione dell'art. 101 Cost. (ordinanza n. 399 del 2001). Invero, nella norma costituzionale citata non si legge affatto –

come vuole il rimettente – che «tutti i giudici sono uguali dinanzi alla legge», ma che i giudici «sono soggetti soltanto alla legge»: principio che non risulta minimamente scalfito dall'applicabilità della disciplina in questione, volta a tutela di un diverso valore (quello di immediatezza). Quanto, poi, alla ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) – in assunto compromessa dalla necessità di rinnovare prove acquisite nella pienezza del contraddittorio – la Corte ha già reiteratamente rilevato come detto principio debba essere temperato, alla luce dello stesso richiamo al concetto di «ragionevolezza» che compare nella formula normativa, con il complesso delle altre garanzie costituzionali, rilevanti nel processo penale: garanzie la cui attuazione positiva è insindacabile, ove frutto – come nella specie – di scelte non prive di una valida *ratio* (ordinanze n. 318 del 2008, n. 67 del 2007, n. 418 del 2004 e n. 399 del 2001). Né, in contrario, varrebbe richiamare – come pure rimarca il giudice *a quo* – la circostanza che l'eccessiva durata dei processi sia stata causa di reiterate condanne dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. In proposito, la Corte ha osservato che il diritto «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» – diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell'esame del dichiarante – si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla «persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» e «di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa». Pertanto, viene in rilievo, a tale riguardo, quanto reiteratamente affermato proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – dalle cui censure, secondo il rimettente, l'accoglimento della questione dovrebbe mettere l'Italia al riparo – in relazione all'omologa previsione dell'art. 6, paragrafo 3, lettera d), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848 (previsione che è servita da modello a quella dell'art. 111 Cost., d'anziché ricordata): e, cioè, che la possibilità, per l'imputato, di confrontarsi con i testimoni in presenza del giudice che dovrà poi decidere sul merito delle accuse costituisce una garanzia del processo equo, in quanto permette a quest'ultimo di formarsi un'opinione circa la credibilità dei testimoni fondata su un'osservazione diretta del loro comportamento; con la conseguenza che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo (sentenza 27 settembre 2007, Reiner e altri contro Romania; sentenza 30 novembre 2006, Grecu contro Romania; sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia; sentenza 4 dicembre 2003, Milan contro Italia; sentenza 9 luglio 2002, P. K. contro Finlandia).

La Corte evidenzia quindi che la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto

previsto dall'art. 546 comma 1, lettera e), cod. proc. pen. E – se è ben vero che l'anzidetto diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto, ma “modulabile” (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore con «presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio» del diritto in questione (ordinanze n. 318 del 2008 e n. 67 del 2007) – ciò non toglie, tuttavia, che il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola. Tale regola nel processo penale costituisce uno dei profili del diritto alla prova, strumento necessario del diritto di azione e di difesa, da riconoscere lungo l'arco di tutto il complesso procedimento probatorio, quale diritto alla ricerca della prova, alla sua introduzione nel processo, alla partecipazione diretta alla sua acquisizione davanti al giudice terzo e imparziale, da ultimo alla sua valutazione ai fini della decisione da parte dello stesso giudice; regola costituente uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale e che, per tali ragioni, è presidiata, quanto alla sua osservanza, dalla massima sanzione processuale, vale a dire dalla nullità assoluta.

### **3. I SOGGETTI**

#### **3.1. Il giudice**

##### ***3.1.1. Indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice***

Le nozioni di indipendenza, terzietà ed imparzialità quali indefettibili componenti del genoma dell'organo giudicante sono state oggetto di costanti elaborazioni e puntualizzazioni da parte della giurisprudenza costituzionale, fin dalle pronunce più risalenti: ben prima, dunque, che i due ultimi portati assiologici fossero esplicitati nel novellato testo dell'art. 111 Cost.

Se è vero che, in via generale, «il requisito dell'indipendenza è difficilmente configurabile in termini precisi, perché la sua regolamentazione propone problemi diversi secondo la diversità delle strutture statali e le epoche storiche, e non consente uniformità, dovendo adeguarsi alla varietà dei tipi di giurisdizione» (**sent. n. 108 del 1962**), è altrettanto indubbio che tale relatività storica non impedisce di fissare una “base minima”, indefettibile, del valore in questione. Come dire: «la struttura del processo può essere articolata secondo una molteplicità di modelli, i cui istituti sono discrezionalmente determinati e disciplinati dal legislatore, il quale può adottare strumenti diversi, ma egualmente idonei a garantire il rispetto dei principi costituzionali, assicurando in particolare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, che costituiscono presupposto e requisito essenziale di ogni giusto processo» (**sent. n. 381 del 1999**).

I valori fondanti della giurisdizione sopravvivono, cioè, alla relatività storica dei modelli processuali, alle diverse epifanie degli istituti del processo, posto che indipendenza ed imparzialità del giudice rappresentano la stessa condizione di pensabilità di un processo giusto.

La base teorica essenziale dei tali valori è innanzitutto rinvenuta (**sentenza n. 92 del 1962**) nella circostanza che indipendenza e imparzialità, che, prima ancora d'essere scritte in

disposizioni particolari della Costituzione, come l'art. 108, riposano nel complesso delle norme costituzionali relative alla Magistratura e al diritto di difesa: permeano, cioè, la stessa essenza della giurisdizione, con la necessità «che nell'organo giudicante non sussistano vincoli di soggezione formale o sostanziale ad altri organi». Inoltre, l'indipendenza è comunque sublimata dalla sua indubbia connessione con l'imparzialità. La giurisprudenza della Corte, soprattutto quella più datata, ricollega infatti, in maniera funzionalistica l'indipendenza alla imparzialità: il principio dell'indipendenza – ha affermato la Corte – «è volto ad assicurare la imparzialità del giudice o meglio (...) la esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente *super partes*. Va escluso nel giudice qualsiasi anche indiretto interesse alla causa da decidere, e deve esigersi che la legge garantisca l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi, come di timori di alcun pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione» (sent. n. ....).

Affermazioni, queste, che provengono essenzialmente dagli scrutini effettuati dalla Corte sulle giurisdizioni speciali e che vengono poi completate dalla fondamentale pronuncia che, a distanza di qualche anno, salda assieme, a proposito della giurisdizione esercitata dal pretore, la terna assiologica di indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice.

Nella **sentenza n. 123 del 1970**, onde escludere la disarmonia costituzionale di un organo che assommava in sé le funzioni di accusa e di giudizio, la Corte ebbe ad affermare che il principio della indipendenza del giudice, comprensiva anche della terzietà o imparzialità, dovesse intendersi essenzialmente «come assoluta estraneità rispetto alla *res judicanda*». Pertanto, la circostanza che al pretore – «giudice, che gode come tale delle guarentigie spettanti a tutti i magistrati giudicanti dell'ordine giudiziario»– sia conferito il potere–dovere di mettere in moto il processo e che gli siano anche affidati taluni compiti ulteriori, che sarebbero altrimenti di competenza degli uffici del pubblico ministero, «non incide sulla sua piena libertà di giudizio né lo rende in qualche modo "interessato" all'esito di esso»: egli infatti «non persegue istituzionalmente altro interesse fuori di quello, oggettivo, dell'accertamento della verità e delle responsabilità: del quale l'interesse alla tutela dell'innocente è parte integrante allo stesso titolo dell'interesse alla punizione del reo».

Il chiarimento teorico ulteriore risulta, qualche anno dopo, sempre attraverso una pronuncia in tema di giurisdizioni speciali. Con la **sentenza n. 284 del 1986**, la Corte evidenzia che «l'indipendenza del giudice consiste nell'autonoma potestà decisionale, non condizionata da interferenze dirette ovvero indirette provenienti dall'autorità di governo o da qualsiasi altro soggetto. Essa concerne non solo l'ordine giudiziario nel suo complesso (art. 104 Cost.) ma anche i singoli organi, ordinari (art. 107) e speciali (art. 108), al fine di assicurare che l'attività giurisdizionale, nelle varie articolazioni, come la sua intrinseca essenza esige, sia esercitata senza inammissibili influenze esterne». Nella medesima pronuncia, la Corte precisa meglio, rispetto al passato, il rapporto tra indipendenza ed imparzialità: infatti, «anche se concettualmente distinta, l'indipendenza ha ricorrenti e stretti legami con l'imparzialità, ed anzi i due termini vengono talvolta promiscuamente usati, quasi che esprimano la medesima nozione giuridica: ma è da notare che non sempre il difetto di imparzialità consegue alla mancanza di indipendenza, potendo avere relazione causale con alcune situazioni che stanno a base degli istituti dell'astensione e della ricusazione, diretti ad assicurare l'imparzialità del giudice, senza che di norma venga in discussione il requisito dell'indipendenza».

Resta, comunque, assai stretto il legame tra i due principi. Si ribadisce, infatti, (**sentenze n. 60 del 1969; 128 del 1974 e 18 del 1989**) che «il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere». A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. «La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza». L'imparzialità esige insomma «che ogni giudice operi in condizione di assoluta estraneità e indifferenza – e perciò di neutralità – rispetto agli interessi in causa» e risulta perciò connessa al principio di eguaglianza, posto che il suo «primo fondamento risiede nell'art. 3 della Costituzione» (**sent. n. 17 del 1965**). Nondimeno, «l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, nè l'altro fuori dell'organizzazione statale» (**sent. n. 2 del 1968**). La Corte, infatti, ribadisce – nella più importante pronuncia relativa alla responsabilità civile dei magistrati (**sent. n. 18 del 1989**) – che «il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è “soggetto alla legge”: alla Costituzione innanzitutto, che sancisce, ad un tempo, il principio d'indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28), al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione».

### ***3.1.2. Giudice naturale, precostituzione e capacità del giudice.***

La tesi secondo la quale la mutazione della competenza con norma generale, senza che il legislatore tenga conto della posizione processuale acquisita da chi abbia commesso il fatto reato anteriormente all'entrata in vigore della legge di modifica, sarebbe in contraddizione con il principio costituzionale che vieta di distrarre dal giudice naturale prestabilito per legge, non può essere accolta.

Moltissime le decisioni della Corte in tema di garanzia di precostituzione del giudice. Già con la **sentenza n. 29 del 1958** sono stati fissati i limiti e la portata della locuzione "giudice naturale", ritenuta corrispondente a quella di "giudice precostituito per legge", e riferibile al giudice istituito in anticipo in base a criteri generali e non in vista di determinate controversie, e ciò al fine di dare al cittadino la certezza circa il giudice che lo deve giudicare. Si specifica poi (**sentenza n. 88 del 1962**) che se è vero che nell'art. 25 è sancito il principio della certezza del giudice, «di un tal principio la puntuale significazione è più efficacemente espressa nel concetto di "precostituzione del giudice", vale a dire della previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, a posteriori, in relazione, come si dice, a una regiudicanda già insorta». La Corte risolve nella medesima sentenza uno snodo ermeneutico di fondamentale importanza: se, cioè, il concetto di "giudice precostituito per legge" sia da intendere soltanto nel senso di una competenza fissata, senza alternativa, immediatamente ed esclusivamente dalla legge, ovvero debba estendersi ad includere la possibilità, in ordine alla stessa materia, dell'alternativa fra un

giudice e un altro, preveduta dalla legge, ma risolubile, a posteriori, con provvedimento singolo, in relazione ad un dato procedimento. Nella citata pronuncia, la Corte accoglie la prima delle due soluzioni, ritenendo che l'art. 25 abbia sul punto in questione stabilita una riserva assoluta di legge.

Tale presupposto identificativo (secondo cui “giudice naturale” identifica una nozione sovrapponibile a quella di “giudice precostituito per legge”) sembra tuttavia vacillare in tempi più recenti. In una importante pronuncia in tema di remissione del processo penale – resa, peraltro, nella forma di **ordinanza: n. 168 del 2006**), la Corte accenna, se non ad un vero e proprio *revirement*, ad una precisazione dai cospicui effetti teorici. Scrivono i Giudici: « E’ ben vero, infatti – come la giurisprudenza di questa Corte ha in più occasioni sottolineato – che la locuzione “giudice naturale” «non ha nell’art. 25 [Cost.] un significato proprio e distinto, e deriva per forza di tradizione da norme analoghe di precedenti Costituzioni, nulla in realtà aggiungendo al concetto di “giudice precostituito per legge”» (v., ad es., sentenza n. 88 del 1962 e ordinanza n. 100 del 1984); ma deve riconoscersi che il predicato della “naturalità” assume nel processo penale un carattere del tutto particolare, in ragione della “fisiologica” allocazione di quel processo nel *locus commissi delicti*. Qualsiasi istituto processuale, quindi, che producesse – come la rimessione – l’effetto di “distrarre” il processo dalla sua sede, inciderebbe su un valore di elevato e specifico risalto per il processo penale; giacché la celebrazione di quel processo in “quel” luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata anche quella – più che tradizionale – per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati».

Ulteriori limiti e precisazioni della nozione sono stati ribaditi, applicati e sviluppati dalla Corte in decisioni relative a fattispecie assai disparate: significative quelle inerenti a questioni di costituzionalità aventi ad oggetto leggi ordinarie che innovano, in qualsiasi forma, la competenza (territoriale, per materia, ecc.) del giudice penale. Così, nella **sentenza n. 56 del 1967**, la Corte – nel ritenere non fondata la q.l.c. dell'art. 9 del d.P.R. 31 dicembre 1963, n. 2105, recante “Modificazioni delle circoscrizioni territoriali degli uffici giudiziari”, in riferimento proprio all'art. 25, primo comma, della Costituzione –, ha stabilito che "l'art. 25 della Costituzione, implica la necessità che la competenza giudiziaria, individuabile in base a criteri generali direttamente posti dalla legge, non venga derogata da atti insindacabili dei pubblici poteri e vuole che la stessa legge debba uniformarsi, nel regolare la materia, ad una esigenza fondamentalmente unitaria, quella, cioè che la competenza degli organi giudiziari venga sottratta, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità, ad ogni possibilità di arbitrio". Ha, altresì, precisato che illegittima sottrazione della regiudicanda al giudice naturale precostituito per legge si verifica "tutte le volte in cui il giudice venga designato a posteriori in relazione ad una determinata controversia o dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali, ovvero attraverso atti di altri soggetti ai quali la legge attribuisce tali poteri al di là dei limiti che la riserva impone".

Sulla base dei principi di carattere generale sopra enunciati, la Corte, con la ricordata sentenza, ha ritenuto che tale diritto viene rispettato quando la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri diretti ad individuare il giudice competente, poiché in tali casi lo spostamento della competenza non avviene "in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di una determinata o di determinate controversie, ma per effetto di un nuovo ordinamento – e, dunque, della designazione di un nuovo giudice naturale – che il legislatore, nell'esercizio del suo

insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente".

In tale casistica giurisprudenziale (v. anche **sentenza n. 72 del 1976**), lo scrutinio della Corte è virato, essenzialmente, verso l'esame di ragionevolezza l'intervento del legislatore e il buon uso da esso fatto di quel potere di discrezionalità politica che gli è proprio nelle leggi di modifica della competenza proprio al fine di valutare se il suo operare retroattivamente potesse ledere, nella sostanza, quelle garanzie che stanno alla base dell'art. 25, primo comma, della Costituzione.

Più di recente, la Corte ha avuto poi modo di fornire una importante puntualizzazione della nozione di giudice naturale in ordine ad una questione di legittimità costituzionale concernente il profilo della capacità del giudice (art. 33, comma 2, c.p.p.). Oggetto dello scrutinio era, precisamente, il delicato profilo della violazione dei criteri di assegnazione degli affari penali che, secondo il giudice rimettente, riverberava i suoi effetti proprio in ordine alla capacità del giudice, donde la denuncia della norma citata, che, al contrario, non considera attinenti a tale profilo le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici. La Corte (**sent. n. 419 del 1998**) ha evidenziato che «l'art. 25, primo comma, della Costituzione, stabilendo, tra i diritti dei cittadini, che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, attribuisce ad essi la garanzia che la competenza degli organi giudiziari è sottratta ad ogni possibilità di arbitrio. Al fine di assicurarne la imparzialità, è escluso che il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che derogano a regole generali quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta (**sentenze n. 56 del 1967 e n. 460 del 1994; ordinanze n. 161 del 1992 e n. 176 del 1998**). Se il giudizio non può essere sottratto alla cognizione del giudice naturale, individuato secondo regole generali prefissate dal legislatore, ancor prima il medesimo giudizio non può essere attribuito alla cognizione di un giudice costituito o designato in relazione ad una determinata controversia: "precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri fra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione" (**sentenza n. 88 del 1962**). L'individuazione dell'organo giudicante deve, dunque, rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità (v. **sentenza n. 272 del 1998**)». Nondimeno – ha ancora statuito il Giudice delle leggi – «il principio costituzionale di precostituzione del giudice non implica che i criteri di assegnazione dei singoli procedimenti nell'ambito dell'ufficio giudiziario competente, pur dovendo essere obiettivi, predeterminati o comunque verificabili, siano necessariamente configurati come elementi costitutivi della generale capacità del giudice, alla cui carenza il legislatore ha collegato la nullità degli atti. Questo non significa che la violazione dei criteri di assegnazione degli affari sia priva di rilievo e che non vi siano, o che non debbano essere prefigurati, appropriati rimedi dei quali le parti possano avvalersi».

### ***3.1.3. L'incompatibilità del giudice.***

In ordine alla problematica della incompatibilità del giudice, è ovviamente impossibile, in questa sede, ripercorrere l'ampia casistica giurisprudenziale prodotta, essenzialmente,

attraverso i ripetuti scrutini dell'art. 34 c.p.p. ed il progressivo ampliamento delle ipotesi di incompatibilità originariamente previste. Giova invece riassumere i criteri direttivi cui, seppur non all'abbrivio di tale parabola giurisprudenziale, la Corte ha inteso ispirarsi nella materia *de qua*.

In proposito, tale giurisprudenza proclama costantemente, innanzitutto, che le norme sulla incompatibilità del giudice, derivante da atti compiuti nel procedimento, sono poste a tutela dei valori costituzionali della terzietà e della imparzialità della giurisdizione, «risultando finalizzate ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*» (*ex multis sentenza n. 224 del 2001*).

In particolare, l'imparzialità del giudice, ponendosi quale espressione del principio del giusto processo, è perciò «connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione di giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasioni di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza» (**sentenza n. 155 del 1996**).

La Corte, soffermandosi sui presupposti della incompatibilità endoprocessuale, ha statuito che «[...] il presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res iudicanda*.[...] In secondo luogo – per quanto l'architettura del nuovo rito penale richieda che le conoscenze probatorie del giudice si formino nella fase del dibattimento – rilevante ai fini della incompatibilità non è la semplice "conoscenza" di atti anteriormente compiuti, riguardanti il processo: l'incompatibilità sorge quando il giudice sia stato chiamato a compiere una "valutazione" di essi, al fine di una decisione.[...] In terzo luogo, non tutte le valutazioni anzidette danno luogo a un pregiudizio rilevante ma solo quelle "non formali, di contenuto", cosicché le condizioni dell'incompatibilità si determinano quando il giudice si sia pronunciato su aspetti che riguardano il merito dell'ipotesi d'accusa, ma non anche quando abbia preso determinazioni soltanto in ordine allo svolgimento del processo, sia pure in seguito a una valutazione delle risultanze processuali [...]» (**sentenza n. 131 del 1996 e, più di recente, sentenza n. 117 del 2010**).

Tali approdi finali trovano la loro genesi teorica in un famoso trittico di pronunce, le **sentenze n. 306, 307 e 308 del 1997**, attraverso le quali la giurisprudenza della Corte in tema di incompatibilità opera una indubbia svolta teorica ed anche pratica, essenzialmente attuata mediante la riconduzione, a determinate condizioni, di molte delle problematiche della incompatibilità nel diverso ambito degli istituti della ricusazione ed astensione del giudice. Così, si afferma che «nel sistema del codice di procedura penale, norme operanti nel senso di escludere la possibilità di duplicazione di valutazioni della medesima *res iudicanda*, a opera del medesimo giudice, quale persona fisica, sono dettate nell'ambito sia della disciplina della incompatibilità del giudice (art. 34), da un lato, sia della disciplina dell'astensione e della ricusazione (artt. 36 e 37), dall'altro. Tra i due ambiti, tuttavia, esiste una differenza categoriale. Come risulta dai casi previsti dall'art. 34, nonché dalla stessa rubrica di tale articolo (Incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento), la *ratio* dell'istituto

dell'incompatibilità è di preservare l'autonomia e la distinzione della funzione giudicante, in evidente relazione all'esigenza di garanzia dell'imparzialità di quest'ultima, rispetto ad attività compiute in gradi e fasi anteriori del medesimo processo: autonomia, distinzione e, conseguentemente, imparzialità che risulterebbero compromesse qualora tali attività potessero essere riunite nell'azione dello stesso soggetto chiamato alla funzione giudicante (**sentenza n. 155 del 1996**). La *ratio* della disciplina dell'incompatibilità è dunque primariamente quella obbiettiva del rispetto della logica del processo penale, delle sue scansioni e delle differenze di ruoli che in esso i diversi soggetti sono chiamati a svolgere: il giudizio non si deve confondere, attraverso una sorta di unione personale, con altre attività che attengono al processo e che hanno una loro diversa ragion d'essere e il cui compimento potrebbe costituire pre-giudizio rispetto al giudizio medesimo. Alla stregua della *ratio* anzidetta, si comprende come le incompatibilità previste dall'art. 34 cod. proc. pen. siano tutte determinate dal fatto solo di aver svolto determinate attività nel corso del medesimo procedimento penale, indipendentemente dal contenuto che tali attività possono aver assunto (**sentenza n. 308 del 1997**). In breve: sono tutte incompatibilità interne all'articolazione del processo penale e sono tutte previste in modo da operare in astratto, non in concreto, e le cause che le determinano sono normalmente tali da poter essere evitate preventivamente attraverso idonei atti di organizzazione dello svolgimento del processo, come la formazione dei collegi giudicanti e l'assegnazione delle cause, trasformandosi in motivi di astensione o ricusazione (art. 36, comma 1, lettera g), cod. proc. pen.) solo quando tali atti non siano stati posti in essere (**sentenza n. 307 del 1997**). Per contro le cause di astensione e di ricusazione di cui agli articoli 36 e 37 cod. proc. pen. che attengono ad attività del giudice si collocano sul diverso piano della immediata «garanzia dell'imparzialità del giudice e prescindono da qualunque riferimento alla struttura del processo e all'esigenza del rispetto della logica intrinseca ai suoi diversi momenti di svolgimento. Ciò che conta è l'esistenza di comportamenti del giudice che, siano essi tenuti entro o fuori il processo stesso, per il loro concreto contenuto sono tali da poter fare ritenere la sussistenza di un pregiudizio in capo al giudice, rispetto alla causa da decidere». Esse, dunque «non hanno strutturalmente a che vedere con l'articolazione del processo e sono previste in modo da operare non in astratto ma in concreto (costituendo) mezzo normale per (...) ottenere la sostituzione del giudice». La conclusione della distinzione è di immediata evidenza (**sentenza n. 306 del 1997**): «qualora un motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice derivi da sue attività compiute al di fuori del giudizio in cui è chiamato a decidere – siano esse attività non giudiziarie o attività giudiziarie svolte in altro giudizio – si verte nell'ambito di applicazione non dell'istituto dell'incompatibilità ma di quello dell'astensione e della ricusazione».

## **3.2. Il pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione.**

### ***3.2.1. I prodromi: la progressiva delimitazione dei poteri del p.m. nel c.p.p. del 1930.***

I prodromi della giurisprudenza costituzionale relativa al pubblico ministero (ed al connesso profilo dell'obbligatorietà dell'azione penale) si rinvencono in due paralleli filoni, coevi agli inizi degli anni '60.

Al primo di essi, sono riconducibili una serie di interventi della Corte a mezzo dei quali vengono sensibilmente delimitati i poteri dell'organo dell'accusa che illegittimamente incidono sul diretto esercizio della giurisdizione ed, in particolare, sulla precostituzione del giudice per legge. Appartengono a questo gruppo: la già ricordata **sentenza n. 88 del 1962**, la quale dichiara in contrasto con l'art. 25 della Costituzione la norma dell'art. 30, secondo comma, del codice di procedura penale 1930, che conferì(va) al procuratore della Repubblica la facoltà di disporre la rimessione al pretore dei procedimenti penali di competenza del tribunale, allorché ritenga applicabile, per il concorso di circostanze attenuanti, una pena che rientri nei limiti indicati dal primo comma del successivo art. 31; la **sentenza n. 110 del 1963**, con la quale la Corte ritiene il contrasto con l'art. 25 Cost. dell'art. 234, secondo comma, del Cod. proc. pen. 1930, il quale dispone(va) che il Procuratore generale presso la Corte di appello può, con provvedimento insindacabile, prima della sentenza o del decreto di citazione, a seconda della forma del procedimento istruttorio, richiamare gli atti e rimettere l'istruzione alla Sezione istruttoria; la **sentenza n. 32 del 1964**, la quale dichiarò l'incompatibilità, rispetto all'art. 25 Cost., dell'art. 392, terzo comma, Cod. proc. pen. 1930, nella parte in consentiva al Procuratore generale di rimettere la causa alla sezione istruttoria.

L'elenco di tale filone potrebbe a lungo continuare; ma il significato che, al di là del loro "senso storico", tali pronunce evidenziano è che la delimitazione dei poteri processuali dell'organo dell'accusa (assolutamente debordanti, in un sistema inquisitorio puro varato prima della Carta fondamentale) risultano funzionali anche alla delimitazione concettuale del "giudice naturale". E' in queste pronunce, infatti, che si trovano importanti affermazioni circa la nozione di "giudice naturale": ad esempio, «che l'art. 25 della Costituzione non si riferisce soltanto al giudice competente per la pronuncia finale e trova applicazione, pertanto, anche nel corso della fase di istruttoria formale del procedimento»; o che «la determinazione della competenza del giudice non deve dipendere dalla insindacabile discrezionalità dell'organo giudiziario (come è prescritto, nella specie, dall'art. 234 C.P.P.), ma necessariamente dall'accertamento di fatti ipotizzati dalla legge, da verificarsi nel futuro e non già verificati»; che, soprattutto, il principio della precostituzione del "giudice naturale" riguarda esclusivamente l'autorità investita della funzione giurisdizionale e non l'organo dell'accusa, per cui l'art. 392, comma 3, c.p.p. 1930 «che consente al Procuratore generale di avocare a sé l'istruzione sommaria della causa, non contrasta con la Costituzione, poiché nell'avocazione dal Procuratore della Repubblica al Procuratore generale non si può scorgere mutamento del giudice precostituito per legge, ma sostituzione d'un organo del pubblico ministero ad altro organo dello stesso pubblico ministero»(**sentenza n. 32 del 1964**).

### ***3.2.2. Collocazione costituzionale del p.m., funzione giurisdizionale ed art.25 Cost.***

Quest'ultima affermazione è espressione del secondo filone giurisprudenziale di cui si diceva: precisamente, quello che, negando funzione giurisdizionale al p.m., ne chiarisce ruolo e collocazione nel sistema costituzionale e processuale.

Ad esso può ascriversi una coeva pronuncia (**sentenza n. 40 del 1963**, seguita dalle omologhe **sentenze n. 41 e 42 del 1963**), nella quale la Corte ha, per la prima volta, segnalato l'assenza di poteri decisori in capo all'organo dell'accusa, privo dunque di una funzione giurisdizionale in senso stretto, intesa, quest'ultima, quale potere di *ius dicere*. A fronte di un

incidente di costituzionalità promosso con ordinanza del Pubblico Ministero, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione evidenziando – con breve quanto netta motivazione – che spetta all'autorità giurisdizionale davanti a cui pende il giudizio disporre la trasmissione degli atti alla Corte, dopo aver valutato la rilevanza della questione rispetto alla decisione della causa e la sua non manifesta infondatezza e che «il P.M., in quanto non ha potere di emettere provvedimenti decisori, non può sostituirsi alla detta autorità in quelle valutazioni, e non è, conseguentemente, legittimato a promuovere il giudizio di legittimità costituzionale davanti a questa Corte».

Tale indirizzo interpretativo risulta confermato anche nella vigenza del nuovo codice di rito penale, il quale – rammenta la Corte nella **ordinanza n. 249 del 1990** – «riconosce al titolare dell'azione penale “per intero e senza concessione ad ibridismi di sorta, la posizione di “parte” (v. Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, pag. 33)»;

Nel medesimo solco interpretativo si colloca la soluzione del dubbio di costituzionalità relativo all'art. 234, primo comma, ultima ipotesi, del Codice di procedura penale 1930 – sollevato sul presupposto che la facoltà, ivi conferita al Procuratore generale, di procedere egli stesso ad istruzione sommaria fosse in contrasto con l'art. 25 della Costituzione – cui la Corte risponde negativamente con la **sentenza n. 148 del 1963**, di particolare importanza nella delineazione dello “statuto costituzionale” dell'organo dell'accusa.

In essa, si afferma che « non è esatto che (...) in quella nozione di giudice cui si richiama l'art. 25 della Costituzione, deve ritenersi compreso il Procuratore della Repubblica. La Costituzione, nel capoverso dell'art. 108, distingue gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione dopo avere, nell'ultimo comma dell'art. 107, separato la figura del pubblico ministero da quella degli altri magistrati; nell'art. 112 ha considerato il pubblico ministero come titolare della potestà di esercitare l'azione penale, che è diversa dalla potestà di giudicare; e questa Corte, nella sentenza 3 aprile 1963, n. 40, rilevando che il pubblico ministero non ha competenza ad emettere provvedimenti decisori, ha ritenuto che egli non può promuovere il processo di legittimità costituzionale. Ora non si scorgono ragioni per reputare che, nell'art. 25 della Costituzione, si alluda al giudice in un significato tecnicamente improprio. Risulta, del resto, anche dallo stesso Codice di procedura penale, che il pubblico ministero ha posizione e poteri che si distaccano dalla posizione e dai poteri del giudice. E ciò, non soltanto perché al pubblico ministero è riservata esclusivamente la potestà di promuovere l'attività del giudice e di proporgli istanze suscettibili di condurre alla decisione, ma anche perché la disciplina della funzione requirente è posta nel titolo riservato alle parti, per quanto in una sezione distinta da quella in cui si tratta delle parti private: se parte è dal Codice ritenuto il pubblico ministero, sia pure in posizione speciale, giudice egli non può essere nel contempo considerato»

Nondimeno, tali ineccepibili affermazioni di principio risultavano in qualche modo contrastate, nel codice di rito penale del 1930, dalla circostanza che il pubblico ministero, a mezzo della sommaria istruttoria, potesse esercitare funzioni giurisdizionali.

La giurisprudenza della Corte si volge, pertanto, a fissare ulteriori delimitazioni a tale incoerente architettura processuale, introducendo, con alcune sentenze, limiti a tale potere giurisdizionale del p.m. Nella **sentenza n. 117 del 1968** – premesso che «la scelta del tipo di istruttoria è, per ciascun processo, riservata allo stesso pubblico ministero che, come titolare dell'azione penale, vi provvede quando viene in possesso, con la *notitia criminis*, degli elementi acquisiti nella così detta istruzione preliminare (e che) tale scelta è dal pubblico

ministero operata in base a criteri fissati dalla legge, in quanto egli é, di norma, tenuto a rimettere gli atti al giudice istruttore (articoli 295 e 296) (...) – si rileva che «non esistendo nel Codice norme che sottopongano a un qualche controllo la scelta operata dal pubblico ministero in ordine al tipo di istruttoria (...) la magistratura ordinaria, con un'interpretazione consolidata da molti anni, dopo di aver escluso che il caso possa inquadrarsi fra quelli determinanti una delle nullità d'ordine generale previste dall'art. 185, ha ritenuto che la scelta operata dal pubblico ministero debba considerarsi come discrezionale e insindacabile». Tale situazione induce la Corte a rilevare una disarmonia con la Carta fondamentale: invero, «se il giudizio del pubblico ministero, nello stabilire se e quando la prova appare evidente, rimane affidato esclusivamente alla sua insindacabile discrezionalità, é la scelta stessa del tipo di istruttoria che diventa discrezionale, con la conseguenza che l'imputato viene ad essere distolto dal suo giudice naturale, e cioè dal giudice istruttore (...) ogni volta, infatti, che il potere del pubblico ministero si dilata oltre i limiti previsti dalla legge, quello del giudice istruttore si restringe al disotto dei limiti stessi». L'affermazione di principio che ne segue – al di là del concreto risultato storico della pronuncia che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 389, terzo comma, del Codice di procedura penale 1930, nei limiti in cui esclude la sindacabilità, nel corso del processo, della valutazione compiuta dal pubblico ministero sulla evidenza della prova – è di assoluto rilievo: si afferma infatti, a proposito dell'attività istruttoria, che «la presenza di un giudice che la dirige e la maggior ampiezza che essa conferisce alla dialettica processuale, pongono di per sé l'istruttoria formale in una posizione ben diversa da quella sommaria, ai fini dell'obiettivo accertamento della verità e delle garanzie per l'imputato». E' già, profeticamente, il lievito di un nuovo modello processuale che troverà attuazione con il modello accusatorio del 1988; ma, al contempo, è affermazione che non vale ad evitare alla Corte lo scrutinio diretto del problema dell'istruttoria sommaria e delle funzioni giurisdizionali in essa svolte dal p.m.

Infatti, con la **sentenza n. 96 del 1975**, il Giudice delle leggi è chiamato a delibare la legittimità costituzionale dell'art. 406, prima parte, del codice di procedura penale 1930 – relativamente all'obbligo, da tale norma fatto al Presidente del tribunale, di emettere decreto di citazione a giudizio "dopo pervenuta la richiesta del p.m." – e, per connessione, dell'intera disciplina processuale dell'istruttoria sommaria (articoli da 389 a 397 cod. proc. pen.), in riferimento agli artt. 102 e 25 della Costituzione. La questione era stata sollevata dal giudice *a quo* sulla duplice premessa, per un verso, della natura di “organo non giurisdizionale” del p.m. (quale sarebbe confermata dai precetti costituzionali di cui agli artt. 108 e 112, che vietano la concentrazione nel medesimo organo dell'iniziativa dell'esercizio della azione penale e della potestà di decisione sul giudizio così iniziato) e, per altro verso, della “natura giurisdizionale, invece, delle funzioni svolte dal p.m. nel procedimento di istruzione sommaria, quantomeno al momento in cui l'istruttoria culmina nella richiesta di citazione a giudizio”. Da qui il denunciato, duplice contrasto: con l'art. 102 della Costituzione, in quanto la funzione giurisdizionale, nella specie, verrebbe esercitata da soggetto che non é giudice; con l'art. 25 della Costituzione, poiché l'assoggettamento dell'imputato al p.m. comporterebbe la sottrazione dell'imputato stesso al suo giudice naturale che, nella fase istruttoria del processo, é il giudice istruttore.

L'esito del giudizio è una dichiarazione di non fondatezza della questione: ma ancora una volta è il percorso argomentativo sull'organo dell'accusa a rilevare. Nella sentenza, infatti, si evidenzia che «il pubblico ministero – anche se non é investito del potere decisivo

onde non può qualificarsi giudice in senso stretto – é, comunque, anch'egli un magistrato, come dimostra la collocazione degli articoli della Costituzione che lo riguardano (in particolare da 104 a 107) nel titolo VI de "La Magistratura" e financo nella sez. de "L'ordinamento giurisdizionale". L'esattezza dell'inquadramento del p.m. fra gli "organi della giurisdizione" in senso lato ha, del resto, già trovato conferma da parte di questa Corte, che, con sentenza n. 190 del 1970, ha testualmente definito la posizione del p.m. come quella, appunto, di un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere che "non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, perseguendo fini di giustizia". Da ciò deriva che nel concetto di "giurisdizione" – quale contemplato nell'art. 102, che é il primo dei parametri costituzionali, di cui é dedotta la violazione – deve intendersi compresa non solo l'attività decisoria, che é peculiare e propria del giudice, ma anche l'attività di esercizio dell'azione penale, che con la prima si coordina in un rapporto di compenetrazione organica a fine di giustizia e che l'art. 112 della Costituzione, appunto, attribuisce al pubblico ministero. Nell'esplicazione di tale potestà d'iniziativa, evidentemente, rientrano tutte le attività di natura istruttoria che il p.m. svolge, perché necessarie alla acquisizione di elementi utili per porsi in grado di esercitare l'azione penale. Tali attività – proprio in quanto costituiscono esercizio di giurisdizione (in senso lato) da parte di un organo che é, comunque, un magistrato – risultano pienamente compatibili con il sistema delineato dalla Costituzione. Pertanto, le norme che le attività stesse contemplan (artt. 389 a 397 cod. proc. pen.) non contrastano con l'art. 102 della Costituzione citato». D'altra parte, «il potere attribuito al p.m., di compiere in casi particolari (e sempre con le garanzie di legge) atti istruttori, neppure, infine, viola l'art. 25 della Costituzione: per la medesima ragione innanzi esposta che l'esplicazione di tali atti resta contenuta nella funzione (latamente giurisdizionale) di esercizio dell'azione penale e si arresta di fronte ad atti invece di contenuto decisorio, come il rinvio a giudizio o il proscioglimento istruttorio (che il p.m. é, appunto, tenuto a richiedere all'organo giudicante), di fronte ai quali soltanto opera la garanzia costituzionale della precostituzione del giudice».

Dunque, è grazie ad una nozione lata di "giurisdizione", nella quale rientra anche l'attività del p.m., che quest'ultimo è – secondo la Corte – costituzionalmente abilitato allo svolgimento di funzioni giurisdizionali nell'ambito della istruttoria sommaria, valendo tali considerazioni anche per la richiesta di emissione del decreto di citazione a giudizio, di cui all'art. 396 cod. proc. pen. 1930. Affermazioni, queste, particolarmente impegnative sotto un profilo teorico-sistematico, come comprovano i successivi sviluppi giurisprudenziali.

Nella successiva **sentenza n. 52 del 1976**, infatti, la Corte è chiamata a decidere se l'art. 70 dell'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, istituisce all'interno degli uffici del pubblico ministero rapporti di dipendenza gerarchica, in contrasto con gli artt. 101, secondo comma, e 107, terzo e quarto comma, della Costituzione. Al fine di risolvere negativamente il dubbio di costituzionalità, la Corte illustra ulteriormente le differenze tra organi del pubblico ministero ed organi della giurisdizione, ma ritorna, puntualizzandolo, anche sul proprio precedente del 1970. Si afferma infatti che «la Costituzione, nell'art. 108, secondo comma, ha distinto gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione e, nell'art. 112, ha attribuito al pubblico ministero la titolarità dell'azione penale, che é ben diversa dalla potestà di giudicare (vedansi le sentenze nn. 40 e 148 del 1963), pur coordinandosi con l'attività decisoria "in un rapporto di compenetrazione

organica a fine di giustizia" (vedasi la motivazione della sentenza n. 96 del 1975)». A tale sintesi riepilogativa, segue la puntualizzazione di cui si diceva: « (...) Se é pur vero che questa Corte, con sentenza n. 190 del 1970, ha definito la posizione del pubblico ministero come quella di un magistrato appartenente all'ordine giudiziario, che, fornito di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, "non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, perseguendo fini di giustizia"; é altrettanto vero che le garanzie di indipendenza del pubblico ministero sancite, a livello costituzionale, dall'art. 107, vengono rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario. Le cui disposizioni non possono essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui é più pronunciato il carattere impersonale della funzione, attecchiano a criteri gerarchici l'attività dell'organo. Infatti, a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso. Del resto, nella fase istruttoria e predibattimentale, vi sono rapporti, tra il titolare dell'ufficio e i "dipendenti magistrati", di carattere amministrativo e non giurisdizionale, ben diversi da quelli che coinvolgono la sfera di competenza del giudice (vedansi le sentenze n. 110 del 1963 e n. 32 del 1964, che hanno dichiarato illegittimi, in riferimento all'art. 25 Cost., rispettivamente gli artt. 234, secondo comma, e 392, terzo comma, ultima parte, del codice di procedura penale).»

### ***3.2.3. Ruolo/poteri del pubblico ministero e garanzie dell'imputato/indagato.***

Anche il sistema delle garanzie dell'imputato rispetto ai poteri del p.m. si muove nel solco del "riposizionamento" della figura e del ruolo dell'organo dell'accusa. L'occasione è data dal dubbio di costituzionalità relativo ad una delle discipline maggiormente oscurantiste del codice di rito del 1930, in forza della quale, nel corso dell'istruttoria formale, il solo pubblico ministero, e non anche il difensore, era abilitato ad assistere all'interrogatorio dell'imputato (potendo fare, in tale occasione, istanze, osservazioni e riserve: artt. articoli 303, primo comma, e 304 bis, primo comma, c.p.p. 1930). La dichiarazione di incostituzionalità che ne segue con la **sentenza n. 190 del 1970** rappresenta, probabilmente, la prima, vera occasione per la Corte di porre a confronto il ruolo processuale del p.m. con quello del difensore. La Corte – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 304 bis, primo comma, c.p.p. 1930, limitatamente alla parte in cui esclude il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'interrogatorio, ma anche non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 303, primo comma, nella parte in cui ammette che il pubblico ministero possa assistere all'interrogatorio dell'imputato – muove dalla fondamentale affermazione (destinata a costituire un forte *imprinting* su tutta la giurisprudenza successiva in materia) secondo cui «il pubblico ministero, in via di principio, non può essere considerato come parte in senso stretto. Magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, egli non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge: persegue, come si usa dire, fini di giustizia» Da ciò discende, quale effetto, che il pubblico ministero svolge «la funzione che gli é propria anche quando promuove accertamenti che possano dimostrare l'innocenza dell'imputato, quando chiede l'emissione del

c.d. decreto di archiviazione, quando conclude per il proscioglimento dell'imputato e così via. E tuttavia queste ragioni, come non sono ovviamente idonee a far confondere la posizione di lui con quella del giudice (...), così non sono certo sufficienti ad escludere che l'interesse di cui egli è portatore e l'interesse che fa capo all'imputato restino dialetticamente contrapposti. Nel processo penale si controverte intorno alla responsabilità dell'imputato, e la realtà effettuale, della quale l'interprete del diritto non può non tener conto, è che in questa controversia i due poli del contraddittorio si incentrano, appunto, nel pubblico ministero da un lato, nell'imputato e nel suo difensore dall'altro. La netta distinzione fra gli interessi a tutela dei quali essi rispettivamente agiscono e fra i fini che essi conseguentemente perseguono giustifica la conclusione che nella dialettica del processo e di fronte al giudice i predetti soggetti sono da considerare parti: e, in conseguenza di ciò, tali correttamente li qualifica lo stesso codice processuale (libro primo, titolo terzo: "delle parti")» Ma tale conclusione – e la precisazione rileva massimamente – «non comporta la conseguenza che i poteri processuali del pubblico ministero debbano sempre ed in ogni caso essere pari a quelli dell'imputato e del suo difensore. La peculiare posizione istituzionale e la funzione assegnata al primo ovvero esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia e di rilievo costituzionale possono giustificare una disparità di trattamento: ma la giustificano, ovviamente, solo quando in quella posizione, in quella funzione od in quelle esigenze essa possa trovare una ragionevole motivazione». Tale non è, secondo la Corte, l'ipotesi dell'interrogatorio dell'imputato. In proposito, nella citata sentenza si precisa, innanzitutto, che « il diritto di difesa è, in primo luogo, garanzia di contraddittorio e di assistenza tecnico – professionale. Il che è quanto dire che quel diritto, di regola, è assicurato nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale, non pienamente realizzabile senza l'intervento del difensore» e se è vero che «l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, in quanto fa riferimento ad "ogni stato e grado del procedimento", non importa necessariamente che contraddittorio e presenza del difensore abbiano ad essere garantiti in ogni momento ed in ogni atto processuale», risulta altrettanto indubbio «che è d'uopo di volta in volta accertare, in relazione all'importanza del singolo atto, se l'assenza del difensore e la conseguente minor pienezza di contraddittorio si traducano, per gli effetti che abbiano a derivarne, in una effettiva lesione del diritto costituzionale di cui si discorre». Scontata, in proposito, la risposta affermativa a proposito dell'interrogatorio dell'imputato, il quale, valutato nell'economia dell'intera istruttoria, ha un rilievo tale da comportare che l'assenza del difensore e la presenza del pubblico ministero realizzino una grave menomazione del diritto di difesa. Dunque, «che in occasione di un atto di tanto significato l'imputato sia esposto alle osservazioni, ai rilievi, alle contestazioni del pubblico ministero senza essere assistito dal difensore, che per la sua preparazione tecnico – professionale più di lui è in grado di avvertire la necessità di opportuni chiarimenti a difesa, è cosa che (nonostante la facoltà di non rispondere che la legge n. 932 del 1969 riconosce all'imputato) non può non menomare gravemente il diritto di difesa». In breve: tale disparità di trattamento fra pubblico ministero e difesa dell'imputato – «la quale può in alcuni casi risolversi in un pregiudizio eccezionalmente grave per quest'ultimo» – non trova, secondo la Corte, giustificazione alcuna in motivi costituzionalmente rilevanti nel caso di specie.

### 3.2.4. Il problema del monopolio dell'obbligatorietà dell'azione.

Sul "monopolio" dell'esercizio dell'azione penale in capo al p.m. – nervo scoperto in punto di compatibilità con il principio dell'obbligatorietà dell'azione – si registrano diversi interventi del Giudice delle leggi.

Con la **sentenza n. 154 del 1963**, la Corte – scrutinando l'art. 153 del R.D. 8 maggio 1904, n. 368 (che approva il regolamento per la esecuzione della legge 22 marzo 1900, n. 195, e della legge 7 luglio 1902, n. 333, sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi) nella parte in cui esso dispone che "il Prefetto promuove l'azione penale contro il trasgressore allorché lo giudichi necessario ed opportuno" – ha affermato il principio secondo cui «l'art. 112 Cost. monopolizza l'azione penale», poiché «il sistema italiano non ammette, salve tassative eccezioni, che altri organi si sostituiscano al pubblico ministero nel promuovimento dell'azione penale». Nondimeno, in quella circostanza, la Corte affermò l'inesistenza di una violazione costituzionale, atteso che la norma impugnata, dietro una forma impropria, statuiva, semplicemente, la facoltà dell'autorità amministrativa di portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria fatti, che ritiene penalmente rilevabili e di richiedere il procedimento penale.

Nella **sentenza n. 61 del 1967** (con principio ribadito anche nella **sentenza n. 123 del 1970**), la Corte afferma invece che «l'art. 112 fissa l'obbligatorietà non la titolarità esclusiva del pubblico ministero all'azione» e «né tanto meno offre indicazione alcuna nel senso che non siano ammissibili casi di giurisdizione senza azione».

Successivamente, con la **sentenza n. 209 del 1971**, la Corte sembra tornare alle affermazioni originarie, ribadendo che «il sistema del codice di procedura penale in vigore riserva al pubblico ministero, titolare dell'azione penale, l'iniziativa del procedimento, ai sensi dell'art. 112» e perviene, infine, all'importante enunciato espresso nella **sentenza n. 84 del 1979**. Si tratta della pronuncia con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli artt. 3 e 112 Cost. – l'art. 378 comma terzo della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all.F (nel testo modificato dalla l. 19 novembre 1921 n. 1688) in base al quale il Prefetto (e poi l'Ingegnere Capo del Genio Civile) era abilitato a promuovere l'azione penale per le contravvenzioni previste dalla legge medesima, contro il trasgressore "allorché lo [giudicasse] necessario ed opportuno". Nella sentenza, la Corte precisa che in sue precedenti decisioni – **sentenza n. 154 del 1963 ed ordinanze n. 22 del 1964 e n. 11 del 1965** – la violazione dell'art. 112 Cost. era stata esclusa sulla base di una interpretazione adeguatrice intendendo (come visto *supra*) la espressione "promuove l'azione penale" nel senso che l'autorità amministrativa aveva facoltà di portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria fatti che riteneva penalmente rilevanti senza che ciò valesse a limitare o condizionare l'azione del pubblico ministero. La pronuncia di incostituzionalità si rendeva tuttavia necessaria – prosegue la Corte – in quanto i giudici *a quibus* avevano disatteso tale interpretazione, ritenendo che la disposizione attribuisse al Prefetto – poi Ingegnere Capo del Genio Civile – per determinati reati, la titolarità esclusiva dell'azione penale, il cui esercizio fosse rimesso alla di lui valutazione discrezionale. «Il disposto costituzionale – scrivono i giudici – facendo obbligo al Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale non vuole escludere, come risulta anche dai lavori preparatori, che ad altri soggetti possa essere conferito analogo potere. Ciò che la *ratio* della norma esclude é che al Pubblico Ministero possa essere sottratta la titolarità dell'azione penale in ordine a determinati reati (salvo che

nelle ipotesi costituzionalmente previste); con la conseguenza che la titolarità dell'azione penale in tanto può essere legittimamente conferita anche a soggetti diversi dal Pubblico Ministero in quanto con ciò non si venga a vanificare l'obbligo del Pubblico Ministero medesimo di esercitarla. In altre parole, l'ordinamento ben può prevedere azioni penali sussidiarie o concorrenti rispetto a quella obbligatoriamente esercitanda dal Pubblico Ministero, ma sono senza dubbio confliggenti con l'art. 112 e, per quanto si è detto con l'art. 3 Cost. quelle disposizioni normative che, attribuendo ad altri organi diversi dal Pubblico Ministero la titolarità esclusiva dell'azione penale per taluni reati, ne inibiscono l'esercizio al Pubblico Ministero medesimo. L'obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero esige che egli sia titolare di tale azione in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto, mentre soltanto il carattere sussidiario dell'azione penale conferita a privati o ad organi statali diversi dal Pubblico Ministero ne potrebbe giustificare, sul piano costituzionale, la discrezionalità nell'esercizio.»

La Corte ha poi applicato questi principi per escludere l'illegittimità costituzionale delle norme prevedono che le funzioni del pubblico ministero, nell'udienza dibattimentale penale, possano essere delegate ad ufficiali di polizia giudiziaria, posto che l'art. 112 della Costituzione si limita ad affermare «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, ma non anche l'esclusiva spettanza della stessa al pubblico ministero, né tanto meno offre indicazione alcuna nel senso che non siano ammissibili casi di giurisdizione senza azione» (**ordinanza n. 451 del 1990**). La Corte ha altresì escluso (**sentenza n. 474 del 1993**) il contrasto con l'art. 112 Cost. dell'art. 577 del codice di procedura penale (nel testo antecedente alle modifiche di cui alla legge 20 febbraio 2006, n. 46, relativa alla modifica della disciplina delle impugnazioni), che consentiva alla persona offesa dai reati di ingiuria e diffamazione di costituirsi parte civile e di proporre l'impugnazione anche agli effetti penali contro le sentenze di condanna e di proscioglimento dell'imputato. Viene infatti ribadito come la previsione costituzionale dell'art. 112 Cost. «non stabilisce affatto il principio del monopolio pubblico dell'azione penale, ma soltanto quello dell'obbligatorietà: tale è il principio fissato dall'art. 112 (...). L'obbligo imposto al pubblico ministero di esercitare l'azione penale “non vuole escludere, come risulta anche dai lavori preparatori, che ad altri soggetti possa essere conferito analogo potere”. L'azione penale, dunque, può essere legittimamente attribuita anche a soggetti diversi dal pubblico ministero, purché “con ciò non si venga a vanificare l'obbligo del pubblico ministero medesimo di esercitarla” (sent. n. 84 del 1979). Né la sentenza n. 177 del 1971 (che, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 515, quarto comma, del codice di procedura penale, volle sottrarre il potere d'impugnazione del pubblico ministero a un suo possibile esercizio arbitrario) ha rimesso in discussione il rapporto tra l'azione penale del pubblico ministero ed eventuali analoghi poteri attribuiti ad altre figure soggettive, essendosi occupata soltanto del rapporto intercorrente tra l'azione esercitata dal pubblico ministero e le sue conseguenti decisioni da far valere in sede d'impugnazione»

### ***3.2.5. Obbligatorietà dell'azione penale e condizioni di procedibilità.***

Nella giurisprudenza costituzionale è poi costante l'affermazione secondo cui le condizioni di procedibilità, pur rappresentando una deroga al principio di obbligatorietà dell'azione, non comportano una violazione a tale principio.

In generale la Corte stessa ha ripetutamente chiarito che il precetto costituzionale – stabilendo che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale – non esclude che l'ordinamento possa prescrivere determinate condizioni per il promovimento o la prosecuzione di essa.

Fin dalla remota **sentenza n. 22 del 1959**, la Corte ha chiarito che con l'art. 112 Cost. «la Costituzione ha dichiarato in modo espresso il principio della obbligatorietà, escludendo quello opposto di una discrezionale valutazione del pubblico ministero circa la opportunità o meno del promovimento dell'azione penale. Ma la riaffermazione del principio della obbligatorietà non vale ad escludere che l'ordinamento possa in via generale stabilire che, indipendentemente dall'obbligo del pubblico ministero, determinate condizioni concorrano perché l'azione penale possa essere promossa o proseguita. Né l'art. 112 autorizza a ritenere che si sia inteso svincolare il ripetuto obbligo dalla necessità, nei casi stabiliti dalla legge, del verificarsi di determinate condizioni» Nella specie, la Corte affrontava lo scrutinio dei delitti contro la personalità dello Stato preveduti dall'art. 313 Cod. pen. (nel testo all'epoca vigente), e ritenne che il previsto istituto dell'autorizzazione a procedere trovasse fondamento nello stesso interesse pubblico tutelato dalle norme penali, in ordine al quale il procedimento penale potrebbe qualche volta risolversi in un danno più grave dell'offesa stessa, tale principio.

In generale, è affermazione costante della giurisprudenza della Corte quella secondo cui il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale «non esclude che l'ordinamento stabilisca determinate condizioni per il promovimento o la prosecuzione di essa, anche in considerazione degli interessi pubblici perseguiti dall'Amministrazione dello Stato» (**sentenza n. 105 del 1967; sentenza n. 104 del 1974**), «che, in ipotesi particolari, possono consigliare l'adozione di consimile cautela» (**sentenza n.114 del 1982**).

Se, dunque, l'art. 112 Cost non esclude che l'ordinamento possa prescrivere determinate condizioni per il promovimento o la prosecuzione di essa in rapporto a condizioni di procedibilità rimesse a valutazioni o iniziative di pubblici poteri, tale principio «non può non valere, ed *a fortiori*, per le condizioni di procedibilità legate, come la querela, a manifestazioni di volontà della persona offesa: questi ultimi istituti, infatti — subordinando l'insorgenza dell'obbligo di esercitare l'azione penale ad un preventivo apprezzamento del titolare dall'interesse leso dal reato, circa l'esigenza che esso fruisca, nel caso concreto, della tutela offerta in sede penale — non trasformano detto esercizio in facoltativo, né escludono la posizione di assoggettamento del pubblico ministero al principio di legalità processuale» (così, l'**ordinanza n. 178 del 2003**).

Principio, quest'ultimo, già da tempo scandito da una copiosa giurisprudenza della Corte. Nella **sentenza n. 7 del 1987**, si afferma che la perseguibilità di un reato a querela – che costituisce nel nostro ordinamento una deroga al principio della obbligatorietà dell'azione penale – risponde in genere ad un criterio di politica criminale, per il quale il legislatore – per esigenze diverse, spesso, pur se non necessariamente, connesse alla minor gravità degli illeciti (v. sent. n. 216 del 1974) – subordina l'interesse generale alla persecuzione degli illeciti penali alle determinazioni delle parti private offese, in relazione all'eventuale interesse allo svolgimento dell'azione penale». In breve, «la scelta del modo di procedibilità... deve rimanere affidata a valutazioni discrezionali (del legislatore)», insindacabili da parte della Corte ove non sia affetta da manifesta irrazionalità: e ciò in quanto trattasi appunto di materia di politica legislativa che sfugge ad ogni censura di legittimità costituzionale (**sentenza n. 46 del 1970; ordinanza n. 204 del 1988**). Se, dunque, la scelta di subordinare, mediante la

perseguibilità a querela, la persecuzione di certi reati alle determinazioni delle parti private offese risponde ad esigenze di vario ordine, non necessariamente connesse alla minore gravità degli illeciti, e sottende bilanciamenti di interessi e valutazioni di politica criminale spesso assai complesse, rispetto alle quali deve perciò riconoscersi al legislatore un'ampia discrezionalità, non sindacabile da questa Corte (ordinanza n. 294 del 1987)

### **3.2.6. *Obbligatorietà dell'azione, indipendenza del p.m. ed eguaglianza dei cittadini.***

Nella citata **sentenza n. 84 del 1979** è contenuta, per la prima volta, un'affermazione di principio di notevole valenza e che costituirà un punto fermo nei successivi arresti della giurisprudenza costituzionale in materia: vale a dire che «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.l.l. 14 novembre 1944 n. 288 (art. 6), è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale».

Lo sviluppo naturale di tale principio è, per la giurisprudenza costituzionale, quello del controllo della legalità dell'azione del p.m.: essa è cioè davvero garantita soltanto quando, com'è stato detto, il sistema riesca ad «evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legittimità dell'inazione».

E' questo precisamente il tema di una sentenza "storica" sul tema della obbligatorietà dell'azione penale, che, al contempo, diverrà la *guideline* della giurisprudenza della Corte sul tema sia della indipendenza del p.m., che della (necessaria) completezza delle indagini preliminari: la **sentenza n. 88 del 1991**.

La questione di legittimità costituzionale originava da un'ordinanza di rimessione con la quale il giudice *a quo* dubitava della compatibilità costituzionale dell'art. 125 del testo delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (testo approvato con il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271), in quanto pone come regola di giudizio, ai fini dell'archiviazione, l'inidoneità degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari a sostenere l'accusa in giudizio, in contrasto con l'art. 2, direttiva n. 50, della legge delega n. 81 del 1987 e, quindi, con l'art. 76 della Costituzione. Ad avviso del rimettente, tale regola, imponendo di richiedere (e decretare) l'archiviazione "in base ad una prognosi probabilistica e del tutto incerta", comportava una deviazione rispetto a quella, enunciata nella suddetta direttiva e sostanzialmente riprodotta nell'art. 408 del codice, che prevede l'archiviazione solo in caso di "manifesta infondatezza" della *notitia criminis*: criterio, questo, che non solo non potrebbe essere dilatato – anche per salvaguardare l'equilibrio sistematico tra archiviazione e proscioglimento (art. 425 cod. proc. pen.) – ma andrebbe al contrario inteso in modo stretto e rigoroso, dato che delimita le ipotesi in cui non si addiène all'esercizio dell'azione penale, garantito dall'art. 112 Cost. Per affrontare tale delicato crinale ermeneutico, la Corte procede innanzitutto alla ricostruzione sistematica delle coordinate teoriche del parametro di cui all'art. 112 Cost.

Essa – richiamato il precedente, sopra menzionato, della sentenza n. 84 del 1989 e ribadito che "l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato,

l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale"; sicché l'azione è attribuita a tale organo "senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio" – precisa che «il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come "un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", che "non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge" (sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975)»

Secondo il Giudice delle leggi, «il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo. Di conseguenza, l'introduzione del nuovo modello processuale non lo ha scalfito, né avrebbe potuto scalfirlo. Qui, anzi, l'esigenza di garantire l'indipendenza del p.m. è accentuata dalla concentrazione in capo a lui della potestà investigativa, radicalmente sottratta al giudice. Per altro verso, l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell'accusa – specie in tema di formazione della prova e di libertà personale – non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il p.m. sia separato dalla Magistratura costituita in ordine autonomo ed indipendente. Nell'architettura della delega, infatti, il ruolo del p.m. non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, "ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato" (cfr. direttiva n. 37 e, su di essa, la Relazione ministeriale alla Camera dei deputati e quella della Commissione seconda all'Assemblea del Senato). Coerentemente a ciò, il legislatore delegato ha sottolineato che il "potere–dovere del pubblico ministero di estendere le proprie indagini a tutto ciò che può formare oggetto di prova per l'accusa o la difesa" tende "nel rispetto assoluto dei principi del sistema accusatorio e del ruolo di 'parte' del pubblico ministero, ad evidenziare la natura ordinamentale, giudiziaria e pubblica dell'istituto e della funzione" (Relazione al progetto preliminare, p. 91); ed ha poi confermato tale natura nel redigere il nuovo art. 190 dell'ordinamento giudiziario (art. 29 del testo allegato al d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449)».

Ma proprio in ragione di tali esiti, secondo la Corte, «il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*; ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa. Di ciò è, del resto, palese dimostrazione la formulazione – mai messa in discussione – dell'istituto dell'archiviazione in termini di "manifesta infondatezza"».

Nondimeno – ed è questa una specificazione di massima importanza – «azione penale

obbligatoria non significa (...) consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del p.m. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell'azione (art. 50 cod. proc. pen.). Il problema dell'archiviazione sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'inazione. Il che comporta di verificare l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui. Tale verifica opera su due versanti: da un lato, quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra archiviazione ed azione; dall'altro, quello del controllo del giudice sull'attività omissiva del pubblico ministero, sì da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale. Il legislatore delegante ha dedicato particolare attenzione al profilo del controllo. Ha escluso, innanzitutto, che esso potesse ridursi ad un mero controllo gerarchico interno agli uffici del pubblico ministero, affidato al procuratore generale, pur se ciò appariva più rispondente ad un sistema processuale di tipo accusatorio e presentava indubbi vantaggi in termini di economia processuale. Un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice è stato, infatti, ritenuto (Atti Senato, seduta del 19 novembre 1986, p. 19) "più realmente rispondente alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo controllo sull'esercizio dei pubblici poteri" e, quindi, di un rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale» Tra le direttive della delega che focalizzano tale obiettivo, importanza fondamentale «riveste quella di cui al n. 37, che – oltre ad individuare, come già visto, il ruolo del pubblico ministero – pone i presupposti per garantire effettività al controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione. Da essa, infatti, discende la regola – specificamente enunziata negli artt. 326 e 358 del codice – secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere "ogni attività necessaria" ai fini delle "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" (cioè, delle richieste o di archiviazione o di rinvio a giudizio), ivi compresi gli "accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini". Viene, con ciò, stabilito, il principio di "completezza" (almeno tendenziale, come si preciserà più innanzi) delle indagini preliminari, che nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale.

Per assicurare da parte del pubblico ministero il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione

penale, il legislatore delegante ha delineato (direttive nn. 42, da 49 a 52), e quello delegato realizzato, un'articolata gamma di strumenti di controllo.

A garanzia della completezza delle indagini sta, innanzitutto, la previsione per cui, ove il giudice delle indagini preliminari non ritenga accoglibile la richiesta di archiviazione, possa, all'esito di un'udienza camerale all'uopo fissata, indicare al pubblico ministero le ulteriori indagini che ritiene necessarie, fissando il termine indispensabile per il loro compimento (art. 409, quarto comma): e questa Corte ha chiarito sia che tali "ulteriori indagini" possono essere disposte anche in caso di archiviazione richiesta per essere rimasti ignoti gli autori del reato (art. 415; sentenza n. 409 del 1990), sia che la stessa facoltà – non contemplata dall'art. 554, secondo comma – spetta anche al giudice delle indagini preliminari presso la pretura (sentenza n. 445 del 1990).

Al medesimo scopo di evitare archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini è preordinata la facoltà attribuita alla persona offesa dal reato di opporsi alla richiesta di archiviazione, indicando nel contempo l'oggetto dell'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova: ciò che è di per sé sufficiente a dar luogo alla predetta udienza camerale (art. 410).

Un ulteriore strumento di garanzia contro l'inerzia del pubblico ministero il quale non abbia attivato le indagini o non abbia dato corso a quelle "ulteriori" che gli siano state indicate nei modi predetti, è costituito dal potere di avocazione, esercitabile dal procuratore generale – d'ufficio o su richiesta della persona offesa – quando il procuratore della Repubblica "non esercita l'azione penale" (artt. 412, primo comma, e 413, primo comma); ed inoltre quando si faccia luogo all'udienza camerale, la comunicazione della cui fissazione serve appunto a consentire al procuratore generale di svolgere direttamente le "ulteriori indagini" o le "investigazioni suppletive" (artt. 409, terzo comma, 412, secondo comma, e 413, secondo comma).

Un ultimo, incisivo strumento di garanzia del rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale è costituito dalla potestà – attribuita al giudice per le indagini preliminari, ove dissenta dalla valutazione di infondatezza della notizia di reato espressa dal pubblico ministero con la richiesta di archiviazione – di ordinare a quest'ultimo di formulare l'imputazione (artt. 409, quinto comma e 554, secondo comma). Il tutto in coerenza con il *favor actionis* radicato nell'art. 112 Cost.: sicché anche per questa via risulta dimostrato che l'astratto "modello" accusatorio deve subire gli adattamenti necessari a renderlo coerente al disposto costituzionale.»

### ***3.2.7. Il riconoscimento del p.m. quale "potere dello Stato" nei conflitti di attribuzione.***

È proprio l'articolata costruzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale a costituire l'abbrivo per una successiva specificazione dei poteri dell'organo dell'accusa: precisamente, quello della sua abilitazione al conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale.

I prodromi teorici di tale importante svolta si rinvencono in tre pronunce coeve, le **sentenze nn. 462, 463 e 464 del 1993**.

Al di là degli specifici oggetti dei conflitti sollevati dalla Procura di Milano e da quella

di Caltanissetta, le citate decisioni si segnalano, più che per il loro esito pratico, per la inedita portata degli argomenti svolti.

La Corte infatti premette (**sentenza n. 462 del 1993**) che «anche se nelle more del presente giudizio è intervenuta la legge costituzionale 29 ottobre 1993, n.3, che ha modificato l'art. 68, secondo comma, della Costituzione, abolendo l'istituto dell'autorizzazione a procedere per i procedimenti penali nei confronti dei parlamentari, nondimeno occorre preliminarmente verificare in via definitiva l'ammissibilità del conflitto di attribuzione sotto il profilo della regolare instaurazione del processo di fronte a questa Corte, già deliberata in un primo sommario giudizio».

Al di là, dunque, di un inesistente esito pratico, il Giudice delle leggi scrupola, in via definitiva, i presupposti oggettivi e soggettivi per il riconoscimento in capo al p.m. del potere di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

In proposito, la Corte evidenzia innanzitutto la sussistenza, sotto il profilo oggettivo, dei requisiti previsti dall'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte), in base al quale sono risolti dalla Corte costituzionale i conflitti tra i poteri dello Stato insorti "per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali": «non v'è alcun dubbio che il conflitto riguardi attribuzioni – come quella relativa all'autorizzazione a procedere spettante a ciascuna Camera nei confronti dei propri membri e quella attinente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale da parte del pubblico ministero – le quali sono direttamente determinate da norme costituzionali, rispettivamente dall'art. 68, secondo comma (nella sua originaria formulazione), e dall'art.112 della Costituzione».

Ma la parte di maggior interesse della pronuncia è nell'analisi e nel successivo riconoscimento della sussistenza dei presupposti soggettivi del conflitto.

In proposito, la Corte afferma: «Parimenti ammissibile è il conflitto di attribuzione in esame sotto il profilo dei requisiti soggettivi. (Infatti) non può dubitarsi che il pubblico ministero, secondo l'art. 112 della Costituzione, sia il titolare diretto ed esclusivo delle attività d'indagine finalizzate all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale. Né quest'affermazione può ritenersi contraddetta dall'ordinanza n.16 del 1979, con la quale questa Corte ha negato che il pubblico ministero potesse sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, motivando tuttavia tale esclusione con il fatto che in quel caso il predetto ufficio rivendicava per sé una funzione giurisdizionale in senso proprio e non agiva, come ora, a difesa dell'integrità di competenze inerenti all'esercizio dell'azione penale. Al contrario, al fine di corroborare la conclusione raggiunta, non è senza significato ricordare che questa Corte, se pure sotto l'impero del precedente codice di procedura penale, ha più volte riconosciuto al pretore, con riferimento a ipotesi di esercizio di poteri inquirenti, la qualità di soggetto passivo in giudizi per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato (v. sent. n. 150 del 1981, nonché ord. nn. 132 e 98 del 1981, 123 del 1979). Ed anzi, la stessa Corte, a proposito del pubblico ministero, ha affermato che esso, in base all'art.107 della Costituzione, è "fornito di istituzionale indipendenza rispetto a ogni altro potere" (v. sentt. nn.88 del 1991, 96 del 1975 e 190 del 1970) e ha precisato che la garanzia di tale posizione costituzionale è accentuata nel vigente codice di procedura penale a causa della eliminazione "di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell'accusa" e della concentrazione in capo a quest'ultimo della potestà investigativa, radicalmente sottratta al primo (v. sent. n.88 del 1991). Posto che l'ufficio del pubblico ministero è il potere dello Stato che agisce nel presente conflitto di

attribuzione, si deve ritenere che la legittimazione processuale nel giudizio in esame spetti all'organo di quell'ufficio le cui competenze costituzionali si suppongono lese dal diniego di autorizzazione a procedere oggetto di contestazione, vale a dire la Procura della Repubblica di Milano. Infatti, in relazione alle attribuzioni la cui lesione è dedotta nel presente conflitto, la Procura ricorrente si caratterizza come l'organo dell'ufficio del pubblico ministero, che, nell'ambito del principio di soggezione soltanto alla legge, è abilitato a decidere con pienezza di poteri e senza interferenze di sorta da parte di altre istanze della pubblica accusa in ordine allo svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale per i fatti per i quali è stata negata dal Senato l'autorizzazione a procedere (...). Pertanto, riguardo alle attribuzioni contestate nel conflitto in esame, la Procura della Repubblica di Milano è l'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953, dal momento che nel caso concreto solo essa è in grado di impegnare l'intero potere del pubblico ministero.

Né, in proposito, possono essere condivise le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa del Senato. In particolare, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte resistente, non può correttamente parlarsi di vincoli gerarchici tra i diversi uffici del pubblico ministero, che sarebbero evidenziati dai poteri di sorveglianza e di avocazione affidati al Procuratore generale presso la Corte d'appello. In via generale, questa Corte ha già affermato che poteri del genere non possono essere ricondotti a forme di "controllo gerarchico interno agli uffici del pubblico ministero affidato al procuratore generale", prevedendo piuttosto il sistema una serie di limiti e di interventi di carattere esterno, volti a garantire l'effettività e la completezza degli adempimenti connessi all'esercizio delle funzioni devolute all'organo inquirente (v. ancora sent. n. 88 del 1991)».

Questa importante evoluzione teorica viene definitivamente completata con la successiva **sentenza n. 420 del 1995**, originata da un conflitto di attribuzioni sollevato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli nei confronti del Ministro dell'interno e del Ministro di grazia e giustizia in relazione al decreto 24 novembre 1994, n. 687 (Regolamento recante norme dirette ad individuare i criteri di formulazione del programma di protezione di coloro che collaborano con la giustizia e le relative modalità di attuazione) – emanato dal Ministro dell'interno di concerto con il Ministro di grazia e giustizia –, chiedendo, in particolare, alla Corte di annullare gli artt. 1, 2, 3, 4, 5 e 8 del decreto medesimo per violazione degli artt. 13, 101, 104, 108 e 112 della Costituzione.

Oggetto del conflitto erano, tra l'altro, le disposizioni di cui agli artt. 2, commi 2, 3 e 4, e 4, comma 2, del decreto n. 087 del 94 novembre 1994, nella parte in cui prevedono che il procuratore della Repubblica debba redigere, anche qualora ritenga, in base a propria motivata valutazione, che possa recare pregiudizio per lo sviluppo delle indagini, il " verbale delle dichiarazioni preliminari alla collaborazione ", o, a seconda dei casi, il " verbale di informazioni ai fini delle indagini". La redazione del verbale costituiva, in base alla normativa impugnata, un atto dovuto, il quale avrebbe dovuto imprescindibilmente precedere l'attivazione del procedimento di deliberazione dei programmi di protezione: ciò che, secondo il Procuratore della Repubblica di Napoli, determinava illegittima interferenza con l'autonomo esercizio dell'azione penale.

In avvio della motivazione in diritto, la Corte richiama innanzitutto le tre sentenze del 1993 appena menzionate, in base alle quali il pubblico ministero è indubbiamente legittimato a sollevare conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, in quanto – ai sensi dell'art. 112 della

Costituzione – è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività d'indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale: con riferimento allo svolgimento di detta funzione è stata, cioè, riconosciuta al pubblico ministero, organo non giurisdizionale, la competenza a dichiarare definitivamente la volontà del potere giudiziario cui appartiene, così come richiesto dal citato art. 37 della legge n. 87 del 1953. Ne deriva che deve attribuirsi a detto organo la legittimazione a proporre conflitto esclusivamente quando agisce a difesa dell'integrità della competenza inerente all'esercizio dell'azione penale, competenza della quale è direttamente investito dalla citata norma costituzionale e in ordine alla quale è fornito di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere.

La Corte evidenzia quindi che il meccanismo normativo in esame determina indubbiamente una violazione dell'art. 112 Cost. Imponendo, infatti, al pubblico ministero, quale condizione per l'ammissione del collaboratore al programma speciale di protezione, il compimento di un atto di natura investigativa avente le caratteristiche di forma e di contenuto sopra indicate, si viene ad incidere direttamente sull'attività di conduzione delle indagini, la cui strategia, ai fini del più proficuo sviluppo delle indagini medesime in relazione ai singoli procedimenti, va lasciata – nei limiti, ovviamente, previsti dall'ordinamento – alla libera valutazione del procuratore della Repubblica.

Per contro, in ordine al comma 1 dell'art. 1, la Corte ritiene non fondata la censura del ricorrente. Essa si incentrava essenzialmente sulla previsione secondo cui nella proposta del procuratore (ovvero nel parere quando la proposta è di altra autorità), oltre alla indicazione dei principali fatti criminosi su cui il soggetto sta rendendo le dichiarazioni, occorresse precisare i motivi per i quali esse sono ritenute attendibili e importanti per le indagini o per il giudizio, nonché l'eventuale esistenza di elementi che confermano detta attendibilità.

La Corte ha rilevato che la norma in esame non impone al procuratore della Repubblica di raccogliere determinate dichiarazioni dal soggetto proposto e nemmeno di trasmettere copie di atti o di verbali; essa si limita a stabilire il contenuto della motivazione in base alla quale il procuratore intende formulare la proposta di ammissione al programma di protezione (ovvero esprimere il parere sulla proposta altrui).

Orbene – secondo la sentenza – deve escludersi che tale disciplina violi l'art. 112 Cost. sotto alcuno dei profili prospettati nel ricorso.

Ribadito che l'obbligatorietà dell'azione penale, punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale, costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero (cfr. sentt. nn. 88 del 1991 e 84 del 1979), la Corte afferma che tale principio, tuttavia, non comporta che debba ritenersi in assoluto preclusa né l'attribuzione al pubblico ministero di compiti e funzioni non strettamente " d'indagine ", cioè non direttamente finalizzati all'esercizio dell'azione penale, né l'utilizzazione dei risultati dell'attività investigativa per scopi ulteriori rispetto a quelli tipici della funzione requirente e degni di tutela, a meno che non si dimostri che tali previsioni costituiscano in concreto un intralcio serio e ingiustificato allo sviluppo delle indagini.

Nella fattispecie, le disposizioni censurate appaiono dirette a far sì che la commissione centrale possa esercitare nel modo migliore le proprie funzioni, sia cioè dotata di tutti gli elementi utili per essere posta in grado di compiere le valutazioni che le competono e, quindi, di adottare le conseguenti decisioni in maniera ponderata e consapevole. E non c'è dubbio che a tal fine assuma principale rilievo il dato dell'importanza del contributo offerto (o che può essere offerto) dal soggetto proposto, di cui ovviamente costituisce aspetto essenziale il

requisito dell'attendibilità delle dichiarazioni rese.

### **3.3. L'imputato**

#### **3.3.1. (Rinvio)**

La trattazione di profili essenziali circa la figura dell'imputato nel processo è, ovviamente strettamente intrecciata con la "storia" del diritto di difesa e con tutta la giurisprudenza in tema di libertà personale. Pertanto, anche per evidenti ragioni di economia, per tali fondamentali aspetti della giurisprudenza costituzionale sull'imputato, si fa rinvio alle relative sezioni.

#### **3.3.2. L'infermità mentale dell'imputato.**

La giurisprudenza costituzionale si è mostrata particolarmente sensibile ed attenta in ordine ai profili della partecipazione effettiva, perché consapevole, dell'imputato al suo processo.

L'accentuazione del profilo della tutela della difesa personale perseguita dal codice di procedura penale del 1988 è resa evidente, in primo luogo, dal richiedere l'art. 70, quale presupposto per la sospensione del processo uno stato mentale che non consente all'imputato di partecipare coscientemente al processo stesso, e non, come era invece nelle previsioni del codice abrogato, lo stato di infermità di mente tale da escludere la capacità di intendere e di volere: ferma restando nel sistema del codice vigente - quale condizione ostativa alla sospensione - la presenza di elementi che debbano portare ad una pronuncia di proscioglimento o di non luogo a procedere

A proposito dell'infermità mentale, tale atteggiamento ha portato ad emendare alcune intrinseche irragionevolezza del nuovo codice di rito sul tema della infermità mentale dell'imputato.

Con la **sentenza n. 340 del 1992**, la Corte – richiesta della possibilità di estendere la disciplina della sospensione del processo *ex art. 70 c.p.p.* nell'ipotesi d'infermità già sussistente nel momento in cui fu commesso il reato e successivamente protrattasi, allorché la stessa non comporti anche l'esclusione della capacità d'intendere e di volere dell'imputato – ha accolto la censura, dichiarando l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 70 c.p.p. limitatamente alle parole "sopravvenuta al fatto". La Corte ha cioè ritenuto, in una prospettiva di sostanziale effettività della garanzie, ce fosse irrilevante il criterio del momento della insorgenza della malattia e che dunque il considerare rilevante quale la causa sospensiva del processo la sola infermità sopravvenuta al fatto risultasse disarmonico ai valori della Carta.

In particolare, nella motivazione, la Corte – affermato che la norma non consentiva per la sua formulazione altra ermeneutica se non quella presupposta dal rimettente e posta a fondamento del dubbio di costituzionalità – rileva che se l'interpretazione della norma denunciata non può essere che quella fatta palese dalla lettera del precetto sottoposto al vaglio di questa Corte, altrimenti travolgendosi l'univoco significato espresso da dette norme in funzione di un inespresso significato ricavabile dal costante richiamo alla sentenza n. 23 del 1979, la disciplina censurata appare palesemente in contrasto con l'art.24, secondo comma,

della Costituzione.

Proprio il richiamo alla indicata decisione della Corte basta a far ritenere vulnerato il diritto all'autodifesa dell'imputato: una lesione, peraltro, non ravvisata dalla sentenza n. 23 del 1979 con riferimento all'art. 88 del codice abrogato solo perché, "risultando l'imputato incapace di intendere e di volere al momento del fatto, il procedimento non potrà mai concludersi con una decisione di condanna", ma ipotizzata dalla stessa sentenza per il caso di infermità di mente sopravvenuta non accompagnata dalla sospensione del processo in quanto, non versando l'imputato "in stato di incapacità di intendere e di volere al *tempus commissi delicti*, potrà essere pronunciata, all'esito del giudizio, una sentenza di condanna, con la conseguente applicazione della pena". Il che, appunto, si verifica alla stregua dell'art. 70, primo comma, del codice di procedura penale 1988 nei casi in cui l'infermità di mente, non coincidente con la totale incapacità di intendere o di volere, risalga al *tempus commissi delicti* e perduri nel corso del procedimento. In una simile ipotesi, non potendo trovare applicazione la disposizione impugnata, resterebbe precluso l'epilogo consistente in una decisione di proscioglimento o di non luogo a procedere: non potendo certo qui ripetersi che "ad una tale condizione psichica del prevenuto dovrà necessariamente conseguire, salvo che non ricorra l'applicazione di una formula più favorevole, una decisione di proscioglimento per difetto d'imputabilità".

La Corte ha invece costantemente escluso la possibilità di parificare, ai fini della sospensione del processo, l'infermità mentale dell'imputato con quella fisica, ancorché grave ed impediente. Le ragioni dell'impossibilità di tale sovrapposizione sono esposte, ad esempio, nella **sentenza n. 354 del 1996**. Il dubbio di costituzionalità prospettato risultava assai articolato: il rimettente denunciava, in riferimento agli artt. 3 e 112 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 486, 477, 70 e 71 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevedono: a) la sospensione del dibattimento in caso di imputato permanentemente impossibilitato a comparire per legittimo impedimento dovuto a malattia irreversibile; b) la possibilità di assumere prove alle condizioni previste dall'art. 70, secondo comma, cod. proc. pen.; c) la possibilità di adottare all'esito sentenza di proscioglimento e di non doversi procedere; d) l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 75, terzo comma, cod. proc. pen., quanto alla parte civile. A parere del giudice rimettente, infatti, l'impedimento irreversibile dell'imputato determinava una "paradossale" situazione di stasi processuale che non consente alcun tipo di attività, malgrado l'obbligo di "fissare udienza di proseguimento a data fissa", rendendo al tempo stesso priva di esiti e alternative l'avvenuta costituzione di parte civile.

La Corte, per disattendere la censura, ha argomentato che il giudice *a quo* avesse posto quale fulcro della questione una pretesa affinità di situazioni che, invece, si appalesano fra loro del tutto eterogenee, tanto sul piano strutturale che su quello logico-sistematico. Dalla ordinanza di rimessione, infatti, traspare con chiarezza la pretesa di sovrapporre l'ipotesi dell'imputato che per malattia irreversibile sia legittimamente impedito a comparire *sine die* all'udienza, a quella dell'imputato che, per infermità mentale, non sia in grado di partecipare coscientemente al processo, al punto da ritenere automaticamente trasferibile per più profili la peculiare disciplina dettata per quest'ultima ipotesi anche alla prima. Ma è del tutto evidente che si tratta di situazioni non comparabili: altro è, infatti, l'incapacità di partecipare coscientemente al processo che ineluttabilmente compromette l'idoneità ad esercitare l'autodifesa e, dunque, giustifica la predisposizione di un composito e peculiare assetto

normativo informato alla tutela della libertà di autodeterminazione dell'imputato (v. sentenza n. 281 del 1995), altro è l'impedimento a comparire, posto che una evenienza di tal genere può rappresentare, ma non necessariamente rappresenta, un semplice ostacolo all'esercizio del diritto di difesa, che l'imputato è posto in condizione di rimuovere esercitando la facoltà di rinuncia a presenziare al dibattimento. L'accoglimento della premessa da cui muove il giudice a quo comporterebbe, quindi, non l'armonizzazione di disciplina di fattispecie analoghe, ma la creazione ex novo di un regime eccezionale che invaderebbe l'area delle scelte che l'ordinamento riserva alla esclusiva sfera della discrezionalità legislativa. Deve pertanto ritenersi inammissibile la richiesta del giudice a quo volta ad introdurre nel sistema la previsione che il dibattimento sia sospeso "in caso di imputato permanentemente impossibilitato in modo assoluto a comparire per legittimo impedimento dovuto a malattia irreversibile", considerato anche a tal proposito che, generandosi per questa via una nuova ipotesi di sospensione del processo, si determinerebbe, come automatico effetto sul piano del diritto sostanziale, l'inserimento di un nuovo caso di sospensione del corso della prescrizione del reato e, quindi, la creazione di conseguenze penali *contra reum* che certamente è inibita alla Corte.

### **3.4. Le parti private del processo.**

#### ***3.4.1. La garanzia di difesa della persona offesa.***

La Corte ha fornito importanti puntualizzazioni sul tema della garanzia di difesa esaminando, con la **sentenza n.353 del 1991**, una serie di ordinanze di rimessione che, pur nella diversità degli articoli di legge impugnati, convergevano nel denunciare le norme del codice di procedura penale che non prevederebbero alcuna forma di tutela per la persona offesa dal reato cui non venga data notizia della richiesta di archiviazione del pubblico ministero, nonostante l'espressa domanda da essa proposta nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, norme individuate nell'art. 178, lettera c), del codice di procedura penale e nell'art. 409 dello stesso codice, nelle parti da ciascuno di essi indicate.

Nel dichiarare l'infondatezza della questione, la menzionata sentenza procede ad una ampia ricostruzione sistematica della garanzia difensiva della persona offesa nella fase delle indagini preliminari. Si rileva infatti che il diritto di difesa – riconosciuto anche alla persona offesa dal reato sotto il vigore del codice del 1930 talora pure a prescindere dalla sua qualità di eventuale parte civile (v. sentenze n. 132 del 1968, n. 206 del 1971, n. 169 del 1975) – risulta, nel sistema del nuovo codice di procedura penale, particolarmente valorizzato proprio nello stadio delle indagini preliminari, entro il quale si colloca il procedimento di archiviazione. E ciò non soltanto "per il rapporto di complementarità tra le garanzie per essa apprestate nella fase delle indagini preliminari e quelle riconosciute alla parte civile nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale", da cui deriva una "partecipazione all'assunzione di prove" nell'ambito di tale fase, e che è "funzionalmente" da considerare "come anticipazione di quanto ad essa spetterà una volta che la costituzione di parte civile sarà formalizzata", ma anche per "un complessivo rafforzamento, rispetto al codice previgente" del ruolo ad essa attribuito (v. sentenza n. 559 del 1990). Se, dunque, durante le indagini preliminari – il cui "collegamento funzionale e sistematico" con il vero e proprio processo "sta a base della regola

di cui all'art. 178, lettera c)" – il detto "rafforzamento" risulta ancor più accentuato, ciò non avviene soltanto in funzione della sua qualità (peraltro non immancabile) di titolare della pretesa di danno derivante da reato, esercitabile solo quando si sarà dato accesso, con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, alla fase del processo, ma soprattutto in funzione della sua qualità di titolare dell'interesse protetto dalla norma penale violata: un interesse da cui deriva la possibilità di esercizio di plurimi diritti o facoltà, in "una sfera di azione" che se certamente "non può in alcun modo, restare subordinata alla rilevanza di pretese di natura extra penale, tende a realizzare, mediante forme di 'adesione' all'attività del pubblico ministero ovvero di 'controllo' su di essa, una sorta di contributo all'esercizio dell'azione penale, secondo un principio puntualmente ricavabile dall'art. 2, n. 2 e n. 51 della legge–delega" (così la Relazione al progetto preliminare, pag. 41).

La motivazione della sentenza prosegue, poi, dimostrando come i giudici rimettenti non avessero considerato come l'offeso dal reato possa usufruire di una disciplina che consente di esperire un mezzo di gravame avverso il provvedimento conclusivo della procedura di archiviazione: quello, precisamente, contemplato dall'art. 409, sesto comma, del codice di procedura penale, a norma del quale l'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione nei casi di nullità previsti dall'art. 127, quinto comma, dello stesso codice. Più in particolare, poiché, con riguardo al procedimento di archiviazione, i destinatari dell'avviso dell'udienza in camera di consiglio si identificano con le persone indicate nell'art. 409, quarto comma, tra le quali è compreso pure l'offeso dal reato, ne discende che tale soggetto, se non avvisato dell'udienza, potrà proporre ricorso per cassazione invocando la nullità del provvedimento per violazione dell'art. 127, quinto comma. Quanto al termine per impugnare, non essendo prescritta la notificazione dell'ordinanza di archiviazione, non potrà farsi ricorso al precetto dell'art. 585, primo comma, lettera a), che, per il gravame avverso i provvedimenti emessi in camera di consiglio, fissa come *dies a quo* l'avvenuta notificazione o comunicazione del provvedimento stesso. Stabilito che la legge riconosce espressamente alla persona offesa la legittimazione a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di archiviazione pronunciata dal giudice per le indagini preliminari in esito all'udienza in camera di consiglio celebrata senza che di tale udienza le sia stato dato avviso, la Corte ritiene che un simile rimedio possa ricavarsi dal sistema anche a favore della persona offesa che venga privata dell'avviso della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, nonostante la sua espressa domanda di essere preavvertita.

Tale soluzione positiva sembra quella più adeguata alla *ratio* dell'art. 409, sesto comma, conformemente, del resto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di disciplinare l'archiviazione come istituto unitario, a prescindere dalla diversità sia delle cadenze procedurali sia della tipologia del provvedimento conclusivo. Così interpretate, le norme oggetto di censura si sottraggono a tutti i vizi di legittimità costituzionale denunciati dai giudici *a quibus*.

### ***3.4.2 Il ruolo della parte civile e la citazione del responsabile civile.***

Gli interventi della giurisprudenza costituzionale sul tema delle parti private del processo ha necessariamente considerato, sullo sfondo, la scelta del nuovo codice di rito penale di far confluire la pretesa risarcitoria nella sede propria civile, pur in pendenza dell'azione penale, fornendo al danneggiato la possibilità di far valere le proprie istanze

davanti al giudice civile senza che da ciò derivi un paralizzante arresto del relativo giudizio.

Con la **sentenza n. 532 del 1995**, la Corte –investita del dubbio di costituzionalità, sollevato in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 495, comma 2, del codice di procedura penale, "nella parte in cui non consente alla parte civile, ma solo all'imputato e al Pubblico Ministero, il diritto all'ammissione delle prove indicate a carico dell'imputato sui fatti oggetto della prova a discarico" – ha dichiarato non fondata la questione, ricordando innanzitutto che l'intervento nel processo penale della parte civile trova giustificazione – oltre che nella necessità di tutelare un legittimo interesse della persona offesa dal reato – nell'unicità del fatto storico, valutabile sotto il duplice profilo dell'illiceità penale e dell'illiceità civile, realizzando così non solo un'esigenza di economia dei giudizi, ma anche evitando un possibile contrasto di pronunce.

Senonché – ha affermato ancora la Corte – l'azione per il risarcimento o le restituzioni ben può avere *ab initio* una propria autonomia nella naturale sede del giudizio civile – con un *iter* del tutto indipendente rispetto al giudizio penale –, nel quale non sussistono quei condizionamenti che, viceversa, la legge impone nel caso in cui si sia preferito esercitare l'azione civile nell'ambito del procedimento penale; condizionamenti giustificati dal fatto che oggetto dell'azione penale è l'accertamento della responsabilità dell'imputato.

È proprio nella non equiparabilità tra parti principali – e necessarie – del processo penale e parte civile, la cui presenza è solo eventuale, nonché tra gli interessi di cui ciascuna è rispettivamente portatrice, che si giustifica il diverso trattamento in ordine all'ammissione delle prove ex art. 495, comma 2.

Ferma restando, quindi, tale differenza di posizione tra imputato e pubblico ministero da un lato, e parte civile dall'altro, occorre, infine, rilevare che la medesima norma impugnata, pur qualificando come diritto l'ammissione delle prove per le parti principali, non preclude affatto alla parte civile la facoltà di presentare anch'essa le proprie richieste. Non sussiste, pertanto, alcuna lesione del suo diritto alla difesa, garantito in via generale dall'art. 190 del codice di procedura penale –che pone un principio di carattere generale il cui valore si proietta in tutte le fasi processuali –e dall'art. 468, comma 4, del medesimo codice, che prevede espressamente la possibilità per "ciascuna parte" di presentare in dibattimento testimoni, periti o consulenti tecnici in controprova, senza che a ciò corrisponda un dovere per il giudice di ammetterla.

Posizione del tutto analoga a quella dello stesso imputato il quale –è appena il caso di ricordare –non ha diritto alla controprova sui fatti oggetto delle prove in ordine alla responsabilità civile, introdotte dalla parte civile.

Sviluppo naturale dei principi affermati nella pronuncia del 1995, sono le statuizioni contenute nella **sentenza n. 60 del 1996**. In tale circostanza, la Corte è stata chiamata a deliberare la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 270, primo comma, del codice penale militare di pace, secondo cui "nei procedimenti di competenza del giudice militare, l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari", si pone in contrasto:

La relativa declaratoria di incostituzionalità della norma denunciata è argomentata in sentenza, per quanto qui rileva, evidenziando come il legislatore abbia mantenuto, anche nel nuovo processo penale, la possibilità di esercitare l'azione civile in sede penale; rimettendo in tal modo allo stesso danneggiato la scelta sull'opportunità di avvalersi degli strumenti di

indagine e dei mezzi di acquisizione delle prove propri di questo processo, ovvero di utilizzare, in sede civile, le presunzioni probatorie stabilite dalla legge in determinate materie. Non solo, ma in conseguenza della radicale innovazione consistente nello svolgimento autonomo dei due giudizi, prospettato come regola (e quindi, nella eliminazione della pregiudizialità necessaria del procedimento penale rispetto a quello civile di danno), il legislatore ha ora reso possibile l'esercizio dell'azione civile, immediatamente, sia nel giudizio penale che in quello civile. In raffronto a tali principi, che nel processo penale ordinario consentono la più ampia tutela della persona danneggiata dal reato, l'esclusione della parte civile dal processo penale militare impedisce, senza alcun ragionevole motivo, l'esercizio del diritto di agire in giudizio, non solo in quanto divieto di partecipare attivamente all'accertamento dei fatti in sede penale, ma anche come impossibilità di iniziare immediatamente l'azione per le restituzioni ed il risarcimento del danno.

Con la **sentenza n. 112 del 1998**, la Corte ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 del codice di procedura penale nella parte in cui esso non prevede(va), nel caso di costituzione di parte civile, che anche l'imputato potesse chiedere al giudice che procede la citazione del responsabile civile. La questione, sorta in un processo per omicidio colposo a seguito di circolazione di autoveicoli, era stata sollevata con riferimento a più parametri e sotto una pluralità di profili. L'art. 3 della Costituzione era stato evocato con la denuncia di due distinte lesioni del principio di eguaglianza. La prima lesione si riteneva legata alla differente posizione fatta all'imputato e al responsabile civile (che nella causa civile inserita nel processo penale si trovano rispetto all'azione civile in una piena equiparabilità di ruoli), in quanto il responsabile civile, che può essere chiamato in causa soltanto dalla parte civile (o dal pubblico ministero nella speciale situazione prevista dall'art. 77, numero 4), può intervenire volontariamente a tutela dei propri interessi (art. 85 cod. proc. pen.), mentre all'imputato non è data la possibilità di ottenerne la presenza nel processo. La seconda lesione dell'art. 3 originava invece, secondo il rimettente, per la disparità di posizione fatta al danneggiante nel processo penale rispetto a quella che egli ha nel processo civile. In quest'ultimo il convenuto può chiamare in garanzia il responsabile civile (nella specie l'impresa assicuratrice), la cui posizione, nell'ambito della legge 24 dicembre 1969, n. 990, è disciplinata dagli articoli 18 e 23 della legge stessa, mentre nel processo penale, all'imputato che si trova ad essere parimenti convenuto dal danneggiato costituitosi parte civile, tale potere di chiamata in garanzia non era in alcun modo attribuito, con esclusione dunque incongrua e non giustificata. La Corte ha ritenuto fondata la questione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 83 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, nel caso di responsabilità civile derivante dalla assicurazione obbligatoria prevista dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990, l'assicuratore possa essere citato nel processo penale a richiesta dell'imputato.

Nella motivazione il Giudice delle leggi muove dal rilievo delle ingiustificate differenze di disciplina, quanto alla citazione del responsabile civile, nell'ambito del giudizio civile – sede dell'azione naturale risarcitoria – ed in quello del processo penale in cui venga esercitata l'azione civile.

Invero – fuori discussione la possibilità della chiamata in garanzia dell'assicuratore da parte dell'assicurato convenuto in un giudizio civile per il risarcimento del danno provocato con la circolazione di autoveicoli sottoposti alle norme della legge per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile – occorre chiedersi, secondo la Corte, perché analogo

potere non sia attribuito all'imputato nel processo penale. La posizione del convenuto chiamato a rispondere del proprio fatto illecito in autonomo giudizio civile e quella dell'imputato per il quale, in relazione allo stesso tipo di illecito, vi sia stata costituzione di parte civile del danneggiato nel processo penale sono assolutamente identiche: con la conseguenza che il principio costituzionale di eguaglianza è violato da un sistema come quello degli articoli 83 e seguenti del codice di procedura penale, per effetto del quale l'assicuratore, quando sia responsabile civile a' sensi di legge può entrare nel processo solo in forza di citazione della parte civile (o del pubblico ministero nel caso previsto dall'art. 77, numero 4) o in forza del proprio intervento volontario. Nè si può trascurare di considerare che un sistema nel quale il danneggiato, costituendosi parte civile, diviene il dominus dell'estensione soggettiva degli effetti civili della sentenza penale, oltre ad apparire inadeguato rispetto ai ricordati strumenti di accesso del responsabile civile nel processo penale, risulta ben poco coerente rispetto al modello prefigurato dall'art. 651 del codice di procedura penale in ordine agli effetti di natura extra penale del giudicato penale, potendo tali effetti realizzarsi nei confronti del responsabile civile solo nel caso in cui egli sia stato citato o sia intervenuto volontariamente nel processo penale. Così da comprovare, ancora una volta, l'irrazionalità di una disciplina legislativa che, deviando – senza alcun plausibile motivo – dallo schema del rapporto processuale civile, priva l'imputato di ogni possibilità di coinvolgere nella pretesa di danno avanzata dalla parte civile il civilmente responsabile.

La **sentenza n. 75 del 2001** muove dal precedente del 1998 per precisarne e limitarne tuttavia la portata. Oggetto del giudizio di costituzionalità era sempre l'art. 83 del codice di procedura penale, censurato però nella parte in cui non prevede la possibilità per l'imputato, nel caso di costituzione di parte civile, di chiamare, o chiedere l'autorizzazione a chiamare, nel processo, quale responsabile civile, l'esercente l'aeromobile a norma dell'art. 878 del codice della navigazione, nonché nella parte in cui, «come modificato a seguito della pronuncia additiva» n. 112 del 1998, non prevede che l'imputato possa «citare il proprio assicuratore della responsabilità civile facoltativa».

La Corte perviene ad una dichiarazione di non fondatezza delle questioni rimarcando le differenze tra le fattispecie sottoposte a scrutinio rispetto a quelle oggetto della precedente pronuncia. Ma, al di là dell'esito decisorio, la pronuncia si segnala per il quadro d'insieme che in essa viene delineato in ordine all'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

Invero, la Corte osserva come il nuovo codice di rito – nel ridefinire i previgenti assetti ordinamentali, tutti incentrati sul postulato di un ideale primato della giurisdizione penale – si è mosso secondo una linea che, facendo leva sul paradigma della «massima semplificazione nello svolgimento del processo» (enunciato dall'art. 2 numero 1, della legge-delega n. 81 del 1987) e sulla necessaria celerità postulata dal nuovo modello processuale (ora significativamente assunta al rango di principio costituzionale, alla luce del nuovo testo dell'art. 111 della Carta fondamentale), ha ridotto entro margini assai ristretti l'ambito delle questioni pregiudiziali: così da circoscrivere le ipotesi di "stasi" processuali ai soli casi in cui lo *ius dicere* inerisca a tematiche che, per la peculiare rilevanza collettiva, richiedano la certezza di pronunce destinate a riverberarsi *erga omnes*. Il principio della tendenziale unità della giurisdizione ordinaria ha così finito per subire un drastico ridimensionamento, a fronte di una marcata opzione di sistema volta a privilegiare non solo e non tanto le prerogative di autonomia di questo o quel settore giurisdizionale, quanto, soprattutto, le "specificità" che connotano, sul piano funzionale e dell'ordinamento, le diverse forme in cui si articola il potere

di giudizio. Alla tradizionale dipendenza della azione civile rispetto a quella penale ed agli effetti espansivi del giudicato, si è quindi venuta a sostituire la tendenziale separatezza dei relativi alvei processuali: pur senza che a ciò abbia corrisposto la drastica scelta di inibire la proponibilità della domanda risarcitoria in sede penale. Rispetto a quest'ultima, anzi, il legislatore della riforma – attento a recepire i *dicta* a tal proposito enunciati in varie sentenze di questa Corte – si è fatto carico di calibrare nuovi strumenti di garanzia atti a tutelare, da un lato, la posizione del danneggiato–attore e, dall'altro, quella dell'imputato–convenuto, e di quanti, in base all'art. 185 cod. pen., debbono, a norma delle leggi civili, "rispondere per il fatto di lui", e che, come tali, sono obbligati in solido al risarcimento del danno cagionato dal reato.

Si è così rilevato, a tal proposito, come la disciplina che il codice del 1988 ha dettato per regolare l'esercizio della azione civile in sede penale, lasci intravedere due principi ispiratori all'apparenza antagonisti: al rafforzamento, infatti, dei diritti e delle garanzie assicurati ai soggetti portatori di istanze civili – all'apparenza idoneo a fungere quale indiretto stimolo ad iscrivere nel procedimento penale le domande civili da reato, e così definire, in quell'unica sede, il relativo contenzioso – si giustappone una accentuata tendenza a depurare il processo penale dalla pretesa risarcitoria, facendo confluire la relativa domanda in sede propria, attraverso la possibilità, offerta al danneggiato dal reato, di far valere le proprie istanze davanti al giudice civile pur in pendenza dell'azione penale, senza che da ciò derivi un paralizzante arresto del relativo giudizio. Questa prospettiva, dunque, è perfettamente simmetrica rispetto alla più generale tendenza volta a circoscrivere nei limiti della essenzialità tutte le forme di cumulo processuale, stante la maturata consapevolezza che l'incremento delle regiudicande – specie se, come quelle civili, estranee alle finalità tipiche del processo penale – non possa che aggravarne l'*iter*; con conseguente perdita di snellezza e celerità nelle cadenze e nei tempi di definizione. Da tutto ciò, dunque, per un verso, il particolare rigore con il quale devono essere misurate le disposizioni che regolano l'ingresso, in sede penale, di parti diverse da quelle necessarie; e, sotto altro profilo – e di riflesso – l'accentuazione in senso accessorio ed eventuale che caratterizza la posizione ed il ruolo del responsabile civile.

### ***3.4.3. Il divieto di costituzione di parte civile nel processo minorile.***

Con la **sentenza n. 433 del 1997**, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 10 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nella parte in cui prevede che “nel procedimento penale davanti al tribunale per i minorenni non é ammesso l'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato”.

La Corte, alla luce dei rapporti tra azione civile e processo penale delineati dalla propria pregressa giurisprudenza (v. *supra*), ritiene che le esigenze che hanno indotto il legislatore a vietare la costituzione di parte civile nel processo penale a carico di imputati minorenni assumono ragionevolmente un risalto preminente rispetto alla tutela degli interessi del danneggiato dal reato all'interno del procedimento penale minorile.

Nelle relazioni ai vari disegni di legge che si sono susseguiti sino all'approvazione della seconda legge–delega (legge 16 febbraio 1987, n. 81) e, poi, nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale – rileva la Corte – il divieto di costituzione di

parte civile trova ragione nelle esigenze di evitare che il processo rieducativo del minore rimanga turbato dalla presenza di un soggetto "antagonista", portatore di interessi "privati" estranei a quelli perseguiti dallo Stato nei confronti dell'imputato minore, e di non appesantire la rapidità e snellezza del processo minorile, indirizzato a dare largo spazio all'esame della personalità del minore e alla individuazione di idonei strumenti di recupero.

Gli obiettivi perseguiti in via generale dal processo penale minorile hanno trovato favorevole riscontro nella giurisprudenza della Corte, che ha insistito sulla necessità di privilegiare le finalità di tutela della personalità del minore, strettamente connesse all'esigenza di sottrarlo il più rapidamente possibile alla sfera del processo (vedi ordinanza n. 103 del 1997 e sentenza n. 250 del 1991), nonché sulla natura derogatoria dei criteri stabiliti dall'art. 3 della legge-delega n. 81 del 1987 rispetto alla disciplina del processo ordinario (sentenza n. 77 del 1993) e sulla ragionevolezza di previsioni diversificate rispetto al processo ordinario (sentenza n. 135 del 1995, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nel processo minorile).

Sulla stessa linea di queste decisioni, assume particolare significato – per quanto riguarda la specifica questione sottoposta all'esame della Corte – la (già menzionata: v. *supra*) sentenza n. 60 del 1996: nell'accogliere per irragionevolezza della disciplina la questione di legittimità costituzionale del divieto di costituzione di parte civile nel processo penale militare, la Corte ha precisato che analoghe considerazioni non potrebbero valere per il processo minorile, in quanto l'esclusione della parte civile trova "una sua significativa motivazione nel 'tutelare la personalità del minore dalle tensioni che può sviluppare la presenza dell'accusa privata'".

La disciplina di cui viene denunciata l'illegittimità costituzionale si pone inoltre in perfetta assonanza con gli indirizzi espressi dagli organismi internazionali in tema di amministrazione della giustizia minorile: basterà qui menzionare la Risoluzione n. 40/33 approvata nella Sessione plenaria dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985 (punto 14.2: "la procedura seguita deve tendere a proteggere al meglio gli interessi del giovane che delinque e deve svolgersi in un clima di comprensione, permettendogli di parteciparvi e di esprimersi liberamente") e la Raccomandazione n. R(87)20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle risposte sociali alla delinquenza minorile del 17 settembre 1987 (punto 2: in tema di sviluppo delle procedure "di degiurisdizionalizzazione" e di ricomposizione del conflitto tra minore e vittima del reato al fine di favorire la rapida uscita del minore dal circuito giudiziario).

Dalle considerazioni svolte sui rapporti tra azione civile e processo penale e dalla riaffermazione dell'esigenza primaria del recupero del minore, a cui è ispirato, anche alla luce degli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, della Costituzione, il relativo procedimento penale, consegue l'infondatezza della prospettata questione di legittimità costituzionale.

## 4. IL RITO

### 4.1. Le indagini preliminari

#### 4.1.1. La durata delle indagini preliminari.

Per il **principio di completezza** delle indagini preliminari, affermato dalla Corte con la **sentenza n.88 del 1991**, v. *supra*, § ...

Nell'ambito della giurisprudenza in tema di indagini preliminari, il profilo del "controllo" circa il loro limite temporale rappresenta uno snodo di notevole importanza.

Con la **sentenza n. 174 del 1992**, la Corte – investita del dubbio di costituzionalità dell'art. 406, primo comma, del codice di procedura penale (e, per quanto concerne i procedimenti avanti al Pretore, anche dell'art.553, secondo comma) nella parte in cui il potere autorizzatorio del giudice, in ordine alla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari formulata dal pubblico ministero, viene subordinato alla condizione che il termine stesso non sia già scaduto – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata, evidenziando che il soddisfacimento della duplice esigenza a cui corrispondono i limiti cronologici della fase delle indagini preliminari, individuabile nella necessità di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato, non comporta che in detti limiti debba anche svolgersi l'attività di notifica alla persona stessa ed alla persona offesa dal reato della richiesta del pubblico ministero di protrarre la fase delle investigazioni.

Una siffatta previsione mentre non soddisfa esigenze di tutela di interessi apprezzabili delle altre parti – in quanto l'interesse sostanziale di queste ad interloquire sulla durata delle indagini preliminari è pienamente soddisfatto dal contraddittorio garantito dalla norma – fa sì che il pubblico ministero sia costretto a valutare la eventualità di non concludere le indagini entro il termine, e quindi di doverne richiedere la proroga, con un anticipo determinato, non già o non soltanto dal verificarsi della "giusta causa" prevista dal legislatore (che ben potrebbe sopraggiungere al limite della scadenza), bensì dalla necessità di cautelarsi a fronte di eventuali difficoltà nel reperimento dei destinatari della notifica o della contingenza che si tratti di una pluralità non indifferente di soggetti.

In definitiva, la *ratio* che sorregge la disciplina in esame, che, cioè, il pubblico ministero entro il termine concessogli per l'espletamento delle indagini formuli le sue richieste (art. 405, primo comma) ovvero chieda in base a validi motivi una proroga del termine stesso, trova esaustiva realizzazione nel fatto che entro quel termine la richiesta di proroga sia presentata; che debba anche intervenire la decisione del giudice entro il termine stesso è regola del tutto diversa, assente dalle previsioni della legge di delega (cfr. art. 2, n. 48 della legge 16 febbraio 1987 n. 81) e suscettibile di condizionare irragionevolmente l'esercizio dell'azione penale subordinando la concessione della proroga ad evenienze imponderabili ed accidentali. Si pensi ad esempio che, a fronte di una medesima richiesta, la proroga potrebbe essere concessa nell'ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 406 (ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento delle parti), ovvero risultare impossibile, a causa della scadenza dei termini, nell'ipotesi di cui al quinto comma della stessa norma (fissazione dell'udienza in camera di consiglio con avviso notificato alle parti e conseguente ritardo della decisione).

La Corte, pertanto, dichiara l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e

112 della Costituzione, degli artt.406, primo comma, e 553, secondo comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui entrambi prevedono che il giudice possa prorogare il termine stabilito per la durata delle indagini preliminari solo "prima della scadenza".

Val la pena sottolineare che, una volta riconosciuta illegittima la previsione che consente al giudice di autorizzare la proroga del termine per le indagini preliminari solo "prima della scadenza" dello stesso, il pubblico ministero rimarrà comunque obbligato a formulare la sua istanza entro il medesimo termine in base al principio generale secondo cui in tanto può essere richiesta la proroga di un termine in quanto lo stesso non sia già scaduto.

Dopo questa prima affermazione, la Corte ha più volte puntualizzato funzioni e limiti della previsione di un termine per lo svolgimento delle indagini preliminari. Precisamente (**ordinanza n. 48 del 1993 e n. 350 del 1996**), si è ribadito che la previsione di specifici limiti cronologici per lo svolgimento delle indagini preliminari e della correlativa sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini stabiliti per quella fase costituisce il frutto di una precisa scelta operata dal legislatore delegante al fine di soddisfare, da un lato, la "necessità di imprimere tempestività alle investigazioni" e, dall'altro, "di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato" (v. sentenza n. 174 del 1992 e ordinanza n. 222 del 1992). Siffatta opzione si raccorda intimamente alle finalità stesse della attività di indagine, la quale, lungi dal riprodurre quella funzione "preparatoria" del processo che caratterizzava la fase istruttoria nel codice di rito previgente, è destinata unicamente a consentire al pubblico ministero di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 326 c.p.p.), con l'ovvio corollario che la tendenziale completezza delle indagini (v. sentenza n. 88 del 1991), evocata dall'art. 358 del codice di procedura penale, viene funzionalmente a correlarsi non al compimento di tutti gli atti "necessari per l'accertamento della verità", secondo l'ampia enunciazione che compariva nell'art.299 del codice abrogato, ma al ben più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta se esercitare o meno l'azione penale. In tale prospettiva, dunque, non v'è alcuna contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività di indagine e il precetto sancito dall'art. 112 della Costituzione, non essendo quel termine, in sè e per sè considerato, un fattore che sempre e comunque è astrattamente idoneo a turbare le determinazioni che il pubblico ministero è chiamato ad assumere al suo spirare, cosicchè l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso pubblico ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 del codice di procedura penale o nella attività integrativa di indagine che l'art. 430 consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

#### ***4.1.2. L'obbligo di svolgere indagini anche in favore dell'indagato***

Sul delicato versante dell'obbligo – sancito a carico del p.m. dall'art. 358 c.p.p., ancorché privo di sanzione processuale – di svolgere anche accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, si segnala la fondamentale **sentenza n. 96 del 1997**, nella quale la Corte, nel dichiarare non fondata la relativa questione di legittimità

costituzionale, fornisce opportune puntualizzazioni tanto sull'organo titolare delle attività di indagine, quanto sulla morfologia di queste ultime.

La Corte rileva che il rimettente vorrebbe attribuire al pubblico ministero compiti e funzioni che, nell'architettura del codice, spettano piuttosto alla difesa, sino a sostenere che il diritto alla difesa trova la sua massima estrinsecazione proprio nell'obbligo del pubblico ministero di raccogliere anche prove a favore dell'imputato, e che la presunzione di non colpevolezza imporrebbe al pubblico ministero un comportamento di rigorosa neutralità per tutta la durata delle indagini. In realtà, nella logica dell'attuale processo penale l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa (v. sentenza n. 190 del 1991) e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma del combinato disposto dagli articoli 358 e 326 cod. proc. pen., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale non comporta, infatti, l'obbligo di esercitare l'azione ogni qualvolta il pubblico ministero sia stato raggiunto da una notizia di reato, ma va razionalmente temperato con il fine di evitare l'instaurazione di un processo superfluo (v. sentenza n. 88 del 1991); tale fine si realizza anche mediante l'obbligo di svolgere accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini, obbligo strettamente correlato alla disciplina codicistica che pone al pubblico ministero l'alternativa, al termine delle indagini preliminari, tra la richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale (art. 405, comma 1, cod. proc. pen.), ferma restando comunque la sottoposizione della richiesta di archiviazione al vaglio giurisdizionale in funzione di controllo sull'effettività del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale.

La Corte chiarisce ancora – passaggio, questo, di evidente rilievo – che l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini è funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale, ma non rientra tra i meccanismi volti a realizzare il principio della partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento. Invero, il principio di parità tra accusa e difesa trova piuttosto esplicazione nei diversi meccanismi previsti nelle varie fasi del procedimento per dare piena attuazione al diritto di difesa, tra cui le investigazioni difensive disciplinate dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, espressamente finalizzate all'esercizio del diritto alla prova (e alla controprova), e i poteri di acquisizione probatoria del giudice nel caso di inerzia o negligenza delle parti (articoli 422 e 507 cod. proc. pen., rispettivamente in sede di udienza preliminare e di dibattimento), poteri qualificati dalla Corte come sostitutivi, ma non eccezionali (sentenze n. 190 del 1991 e n. 111 del 1993). Dunque, non sussiste alcuno dei profili di illegittimità che secondo il rimettente deriverebbero dall'omessa previsione di sanzioni processuali in caso di mancato rispetto da parte del pubblico ministero dell'obbligo di svolgere accertamenti anche in favore della persona sottoposta alle indagini.

#### ***4.1.3. L'incidente probatorio.***

**Nella sentenza n. 77 del 1994**, la Corte ha dichiarato l' illegittimità costituzionale degli

artt. 392 e 293 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentivano che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio potesse essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare. La pronuncia merita di essere segnalata poiché in essa la Corte tratteggia le fondamentali caratteristiche dell'istituto in questione.

Nella ricostruzione operata dal Giudice delle leggi, l'istituto dell'incidente probatorio è preordinato a consentire alle parti principali l'assunzione delle prove non rinviabili al dibattimento (art.2, n. 40 della legge delega n. 81 del 1987), e cioè di quelle che – secondo l'elencazione dell'art. 392 cod. proc. pen. – si prevede che non siano differibili al dibattimento per le condizioni della persona da esaminare o perché soggette a perdita di genuinità (lettere da a) a e)), o perché il loro oggetto è inevitabilmente esposto a modificazione (lettera f)), o perché ricorrono particolari ragioni di urgenza (lettera g)) o, infine, perché il loro rinvio pregiudicherebbe la concentrazione del dibattimento (comma 2). Ove tali circostanze ricorrano, l'anticipata assunzione della prova si appalesa indispensabile per l'acquisizione al processo di elementi – in tesi – necessari all'accertamento dei fatti e per garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova, che sarebbe altrimenti irrimediabilmente perduta.

Tale esigenza concerne il diritto alla prova tanto del pubblico ministero che dell'imputato e prescinde, per quest'ultimo, dal fatto che egli abbia avuto o meno la possibilità – attraverso la comunicazione giudiziaria – di chiedere l'incidente probatorio nella fase delle indagini preliminari, dato che le evenienze in questione (si pensi a quella di cui all'art. 392, lettera a)) possono insorgere per la prima volta dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

Di ciò, del resto, il legislatore si è mostrato consapevole disponendo che, nei casi previsti dall'art. 392, le prove non rinviabili possano essere assunte dal presidente del collegio, a richiesta di parte, nella fase degli atti preliminari al dibattimento (art. 467 cod. proc. pen.), previsione, questa, già di per sé sufficiente a dimostrare l'infondatezza della tesi secondo cui la preclusione dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare sarebbe giustificata dalla prossimità del dibattimento. Sotto il profilo sistematico, poi, l'interruzione nell'acquisibilità di prove non rinviabili appare contraddittoria con la continuità che il legislatore ha assicurato all'attività di indagine prevedendo che essa possa proseguire anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art.419, comma 3) e dopo il decreto che dispone il giudizio (art.430), ben potendo darsi che per taluno degli elementi in tal modo acquisiti insorgano le situazioni di non differibilità della prova previste dall'art. 392.

La preclusione all'esperimento dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare si rivela, pertanto, priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva del diritto delle parti alla prova e, quindi, dei diritti di azione e di difesa. Di conseguenza, le norme impugnate vanno, per questa parte, dichiarate costituzionalmente illegittime.

#### ***4.1.4. L'efficacia “probatoria” degli atti delle indagini preliminari.***

Pur se superati dalla novella legislativa, sia costituzionale che ordinaria, sul “giusto processo” e dalla relativa produzione giurisprudenziale, gli interventi della Corte costituzionale in tema di efficacia probatoria degli atti di indagini preliminari meritano una segnalazione, sebbene succinta, quantomeno per il loro valore “storico” ed ideologico. Essi segnano un'epoca, una concezione ed un'assiologia del processo assai diverse da quelle che, dopo la reattiva introduzione del “nuovo” art. 111 della Costituzione, caratterizzeranno la

successiva giurisprudenza della Corte..

Si tratta delle due famose sentenze del 1992, n. 24 e n. 255.

Con la prima **sentenza n. 24 del 1992**, la Corte dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art.195, quarto comma, conseguentemente caducando il divieto della testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria.

Per pervenire a tale esito decisorio, la Corte innanzitutto rilevò come tale divieto rappresentasse un'eccezione, sia rispetto alla richiamata disciplina dell'art. 195 nel suo complesso, sia rispetto alla regola generale sulla capacità di testimoniare, in quanto gli appartenenti alla polizia giudiziaria hanno capacità di testimoniare come ogni persona (art.196), non essendovi nei loro confronti alcuna previsione di incompatibilità (art. 197).

Eccezione, tuttavia, che parve sfornita di ragionevole giustificazione.

Invero – argomentò la Corte – una volta che il legislatore ha escluso ogni ipotesi d'incompatibilità a testimoniare – quale è, invece, prevista dall'art.197, primo comma, lett. d) per coloro che nel procedimento "svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario" – nei confronti degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, non si comprende perché a questi ultimi debba essere inibita quella particolare forma di testimonianza, che è la testimonianza indiretta, ammessa dall'art. 195 con la previsione di limiti e garanzie ben specificate. Non si può certo sostenere, nemmeno in via di mera astrazione, che gli appartenenti alla polizia giudiziaria siano da ritenersi meno affidabili del testimone comune; a prescindere dalla palese assurdità di una ipotesi siffatta, essa risulterebbe poi in insanabile contraddizione col ruolo e la funzione che la legge attribuisce alla polizia giudiziaria (v. l'art. 55 e il titolo IV del libro V del codice di procedura penale). Nè può sostenersi che proprio dall'attività svolta nella fase delle indagini preliminari derivi una ragionevole giustificazione atta a sorreggere il divieto di cui si discute.

La palese irragionevolezza della norma impugnata viene ancor più chiaramente in luce ove si consideri che – soggiunse la Corte– possono verificarsi casi in cui la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria che ha operato nell'immediatezza venga ad essere addirittura fondamentale per l'accertamento dei fatti, quando l'esame dei testimoni–fonte obbligatoriamente indicati sia impossibile per morte, infermità o irreperibilità (art. 195, terzo comma): ipotesi che possono, del resto, riguardare anche la difesa dell'imputato.

La sentenza esclude, poi, che la eventuale giustificazione del divieto di testimonianza indiretta nei confronti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria possa rinvenirsi nei principi generali che informano il nuovo processo penale.

Il metodo orale (art. 2, n. 2, della legge– delega) costituisce certamente uno dei principi informativi del codice vigente, ed in base ad esso il convincimento del giudice deve essenzialmente formarsi sulla base delle prove che si assumono al dibattimento nella pienezza del contraddittorio. Ma con tale principio non solo non contrasta ma anzi si conforma pienamente la testimonianza degli appartenenti alla polizia giudiziaria su fatti conosciuti attraverso dichiarazioni loro rese da altre persone, testimonianza da assumersi nei modi e nelle forme prescritte dell'esame diretto e del controesame. Non appare quindi convincente l'affermazione contenuta nella relazione al progetto preliminare a proposito dell'art. 195, secondo cui, nella parte che qui interessa, "il disposto del comma 4 dà attuazione alla direttiva 31 della legge–delega che mira a garantire, ad un tempo, l'oralità della prova e il diritto di difesa". L'oralità della prova è fuori discussione, mentre il diritto di difesa è comunque tutelato attraverso l'interrogatorio diretto e il controinterrogatorio del testimone.

La Corte conclude affermando che è bensì vero che l'art. 195, quarto comma, costituisce puntuale attuazione della direttiva n. 31 dell'art. 2 della legge-delega, la quale stabilisce, con formulazione precisa e specifica, il "divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni o dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, senza l'assistenza della difesa". Ma, mentre per quest'ultima parte, – è superfluo ribadirlo –, il divieto appare tutt'altro che irrazionale, coerente com'è col sistema di garanzie di cui beneficia l'imputato (cfr. in tal senso la sentenza n. 259 del 1991), per quanto attiene le dichiarazioni rese da testimoni le considerazioni sopra svolte in ordine alla palese irragionevolezza, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, della norma delegata non possono non valere anche nei confronti della parte della direttiva n. 31 relativa ai testimoni.

Con la **sentenza n. 255 del 1992** la Corte ebbe invece a scrutinare la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto del terzo e del quarto comma dell'art. 500 del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, primo comma, 25, secondo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui, nel testo allora vigente, precludeva al giudice di valutare, al fine dell'accertamento dei fatti, le dichiarazioni precedentemente rese dai testimoni e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se utilizzate per le contestazioni, con l'unica eccezione delle dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto.

La Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma, ebbe a sottolineare, in primo luogo, che l'oralità, assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento; ciò perché – è appena il caso di ricordarlo – fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (in armonia coi principi della Costituzione: come reso esplicito nell'art. 2, prima parte, e nella direttiva n. 73, della legge di delega, tradottasi nella formulazione degli artt. 506 e 507), di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente è dato rilievo, nei limiti ed alle condizioni di volta in volta indicate, ad atti formati prima ed al di fuori del dibattimento.

La Corte ritenne poi chiara la volontà del legislatore di esprimere anche un principio di non dispersione dei mezzi di prova, volontà che emergeva con evidenza da tutti quegli istituti tesi a recuperare al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati (o compiutamente e genuinamente surrogati) da una prova dibattimentale. In tal senso deporrebbero le disposizioni sugli atti irripetibili (art. 431, il quale dispone l'allegazione al fascicolo dibattimentale dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria), sugli atti assunti nell'incidente probatorio (art. 392), sulla lettura degli atti assunti dal pubblico ministero o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili ne è divenuta impossibile la ripetizione (art. 512, configurato dalla dottrina come una sorta di necessario correttivo, avente carattere generale, al principio dell'oralità), sulla lettura di dichiarazioni rese dall'imputato (o dall'imputato in procedimento connesso o collegato) qualora sia contumace, assente, ovvero si rifiuti di rispondere (art. 513, come risulta a seguito della recente sentenza n. 254 del 1992), sull'acquisizione di dichiarazioni rese da testimoni ("nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto"), o dall'imputato ("alle quali il difensore aveva il diritto di assistere") se utilizzate per le contestazioni nell'esame (artt. 500, quarto comma, e

503, quinto comma). Siffatti istituti– affermò la Corte – derogano chiaramente al principio dell'oralità e dell'immediatezza dibattimentale che, come detto, non è regola assoluta bensì criterio–guida del nuovo processo contemperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di evitare la "perdita", ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede (cfr. sent. n. 254 del 1992 precedentemente citata).

In breve, il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità; ma accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale. Proprio sotto questo profilo, e cioè proprio in raffronto al sistema nel cui ambito è destinata ad inserirsi, la norma impugnata appare priva di giustificazione ponendo in essere una irragionevole preclusione alla ricerca della verità.

Se infatti, nell'ambito dell'attuale sistema, è possibile dare lettura in dibattimento (e quindi utilizzare ai fini della decisione) di dichiarazioni rese precedentemente: dall'imputato che rifiuta di sottoporsi all'esame (art. 513, primo comma); dall'imputato che afferma cose diverse (art. 503, quinto comma); dal coimputato che si avvale della facoltà di non rispondere (art. 513, secondo comma); e infine dal teste irreperibile, deceduto o che rifiuti di rispondere (art. 512), o che renda dichiarazioni difformi da quelle assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto (art.500, quarto comma), non risponde a logica che tutte le altre dichiarazioni rese dal testimone durante le indagini preliminari (al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria), o addirittura avanti il giudice dell'udienza preliminare, e già entrate nel contraddittorio dibattimentale attraverso il veicolo delle contestazioni, non possano essere compiutamente utilizzate dall'organo giudicante, al fine dell'accertamento dei fatti, nemmeno quando questi le ritenga così pienamente veritiere da dover disattendere la difforme deposizione resa in dibattimento.

La norma in esame istituisce pertanto una irragionevole regola di esclusione che, non solo può giocare così a vantaggio come a danno dell'imputato, ma è suscettibile di ostacolare la funzione stessa del processo penale proprio nei casi nei quali si fa più pressante l'esigenza della difesa della società dal delitto, quando per di più il ricorso all'intimidazione dei testimoni si verifica assai di frequente.

La *regula iuris* posta dalla norma impugnata ed all'epoca vigente, inoltre, presentava, a parere della Corte, anche un duplice profilo di intrinseca irragionevolezza: in primo luogo, considerando che le uniche eccezioni al divieto di utilizzabilità, poste dal quarto comma dell'art. 500 in favore delle dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto (acquisibili al fascicolo del dibattimento se usate per le contestazioni), si basano evidentemente su di una presunzione di genuinità di detti atti, che diventa irragionevole in raffronto a tutte le altre possibili dichiarazioni predibattimentali che per le loro caratteristiche (precisione, ricchezza di particolari, concordanza con dichiarazioni rese da altri testi) possono essere ritenute, ed a ragione, non meno veritiere. In secondo luogo, posto che il nuovo codice fa salvo (e, in aderenza ai principi costituzionali, non poteva essere altrimenti) il principio del libero convincimento, inteso come libertà del giudice di valutare la prova secondo il proprio prudente apprezzamento, con l'obbligo di dare conto in motivazione dei criteri adottati e dei risultati conseguiti (art.192), la norma in esame impone al giudice di contraddire la propria

motivata convinzione nel contesto della stessa decisione in quanto, se la precedente dichiarazione è ritenuta veritiera, e per ciò stesso sufficiente a stabilire l'inattendibilità del teste nella diversa deposizione resa in dibattimento, risulta chiaramente irrazionale che essa, una volta introdotta nel giudizio, entri quindi nel patrimonio di conoscenze del giudice, ed esaminata nel contraddittorio delle parti (con la presenza del teste che rimane comunque sottoposto all'esame incrociato), non possa essere utilmente acquisita al fine della prova dei fatti in essa affermati.

#### 4.2. L'udienza preliminare

Com'è noto, la fisionomia dell'udienza preliminare ha subito, rispetto all'originaria configurazione normativa della novella codicistica del 1988, una profonda modificazione, che è impossibile ripercorrere in dettaglio in questa sede. E' utile tuttavia evidenziare come la serie di interventi legislativi che hanno condotto questo segmento processuale all'attuale assetto sono stati sollecitati dai numerosi interventi della Corte costituzionale e dai principi in essi affermati.

Già si è evidenziato (v. *supra*) che con la **sentenza n. 88 del 1991** la Corte, delibando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 125 del testo delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (testo approvato con il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271), aveva, nel puntualizzare le regole di "controllo" giurisdizionale sull'attività del p.m., evidenziato la diversa valenza della regola di giudizio utilizzabile per disporre l'archiviazione da quella operante, nel caso di richiesta di rinvio a giudizio, per emettere sentenza di non doversi procedere: differenza che – come già detto *supra* – si giustifica con la diversa funzione che le due regole assolvono nella logica del sistema del codice, coerentemente alla diversità delle fasi rispettivamente, anteriore o successiva all'esercizio dell'azione penale – in cui sono destinate ad operare. Nella prima fase, il controllo del giudice è volto sì a non dar ingresso ad accuse insostenibili, ma ancor più a far fronte all'eventuale inerzia del pubblico ministero, additandogli la necessità di ulteriori indagini – non soggette a particolari limitazioni – e perfino ordinandogli di formulare l'imputazione: sicché ciò che fondamentalmente si garantisce è l'obbligatorietà dell'azione penale. Nella seconda fase, ulteriori indagini sono, invece, consentite solo se risultino "decisive" ai fini del rinvio a giudizio o del proscioglimento (art. 422); ed il controllo del giudice si svolge in chiave essenzialmente garantistica, diretto cioè a tutelare l'imputato contro accuse che, in esito al contraddittorio, si siano rivelate palesemente infondate.

Le precisazioni di sistema di tale pronuncia aprono poi la via per la specificazione, da parte della Consulta, della natura e della funzione dell'udienza preliminare e dei suoi provvedimenti conclusivi.

Nella **sentenza n. 71 del 1996** –decidendo la questione di legittimità costituzionale degli artt. 309 e 310 del codice di procedura penale, nella parte in cui precludono al giudice delle impugnazioni (riesame ed appello) il controllo del requisito dei gravi indizi di colpevolezza dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio – la Corte ha evidenziato che il decreto che dispone il giudizio – previsto dall'art. 429 del codice di procedura penale e non a caso strutturato dal legislatore come provvedimento di impulso processuale nel quale è carente l'indicazione dei "motivi" che lo sostengono – equivale ad un enunciato

giurisdizionale che afferma, in positivo, la necessità del dibattimento e, in negativo, l'inesistenza dei presupposti per l'adozione della sentenza di non luogo a procedere, sicché è del tutto ovvio che le modifiche subite dall'art. 425 del codice di procedura penale, come d'altra parte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità di cui innanzi si è detto, inevitabilmente si riflettano sull'"area" di valutazione del merito che quel decreto è oggi in grado di esprimere. Non v'è dubbio, quindi, che la soppressione dell'aggettivo "evidente", che prima circoscriveva entro angusti confini la regola di giudizio che presiedeva alla adozione delle formule in fatto della sentenza di non luogo a procedere, abbia sensibilmente aumentato la possibilità di adottare una siffatta pronuncia e, per converso, incrementato in corrispondente misura l'apprezzamento che, sempre in fatto, corrobora l'alternativa scelta della *translatio iudicii*. Ma da tale pur significativo mutamento di regime non è possibile trarre la conclusione che l'atto di rinvio a giudizio si presenti come decisione fondata su una valutazione del merito necessariamente sovrapponibile a quella che inerisce alla verifica del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza che legittima l'applicazione e il mantenimento delle misure cautelari personali, con la conseguenza di non poter ritenere assorbita quest'ultima delibazione nella prima e, dunque, coerentemente precluso il relativo controllo nella incidentale sede del gravame cautelare.

Nell'apportare, infatti, la già evidenziata modifica all'art. 425 cod. proc. pen., il legislatore, volutamente omettendo qualsiasi richiamo contenutistico alla disciplina della sentenza di assoluzione dettata dall'art. 530, ha evidentemente inteso mantenere nettamente separate fra loro le due pronunce, non soltanto sul piano funzionale e degli effetti che dalle stesse scaturiscono, ma anche – ed è ciò che qui maggiormente rileva – sotto il profilo dei differenti elementi strutturali che caratterizzano i corrispondenti "giudizi". Mentre, infatti, nel quadro di una valutazione comparata degli artt. 425 e 530 cod. proc. pen. possono ritenersi fra loro assimilabili le ipotesi di prova positiva dell'innocenza e quella speculare di totale assenza di prova della colpevolezza, di talché la medesima situazione di fatto è idonea a determinare, su di un piano di sostanziale simmetria, la sentenza di assoluzione in dibattimento e quella di non luogo a procedere nell'udienza preliminare, non altrettanto è a dirsi in tutte le ipotesi in cui la prova risulti invece insufficiente o contraddittoria. In tal caso, infatti, alla sentenza di assoluzione imposta dall'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., non corrisponde un omologo per la sentenza di non luogo a procedere, ma una più articolata regola di giudizio che deve necessariamente tener conto della diversa natura e funzione che quella pronuncia è destinata a svolgere nel sistema. L'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a compiere all'esito della udienza preliminare non si sviluppa, infatti, secondo un canone, sia pur prognostico, di colpevolezza o di innocenza, ma si incentra sulla ben diversa prospettiva di delibare se, nel caso di specie, risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento: la sentenza di non luogo a procedere, dunque, era e resta, anche dopo le modifiche subite dall'art. 425 cod. proc. pen., una sentenza di tipo "processuale", destinata null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero. Da ciò consegue che, ove la prova risulti insufficiente o contraddittoria, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere potrà dirsi imposta soltanto nei casi in cui si appalesi la superfluità del giudizio, vale a dire nelle sole ipotesi in cui è fondato prevedere che l'eventuale istruzione dibattimentale non possa fornire utili apporti per superare il quadro di insufficienza o contraddittorietà probatoria. Ove ciò non accada, quindi, risulterà scontato il provvedimento di rinvio a giudizio che, in una simile eventualità, lungi dal rinvenire il proprio fondamento in

una previsione di probabile condanna, si radicherà null'altro che sulla ritenuta necessità di consentire nella dialettica del dibattimento lo sviluppo di elementi ancora non chiariti.

La giurisprudenza della Corte – all'indomani delle modifiche operate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 e dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, a mezzo dei quali la fisionomia dell'udienza preliminare subisce una profonda modificazione – conferma, in un primo momento, l'orientamento di principio che vuole l'udienza preliminare istituito dalle «connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza» (v., ad esempio, **sentenza n. 185 del 2001**), approdando, solo in un momento successivo, ad una caratterizzazione dell'udienza come momento processuale sostanzialmente valutativo del merito dell'accusa.

A tale orientamento appartiene, ad esempio, la **sentenza n. 224 del 2001**, la quale – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto – si è soffermata, a lungo e sistematicamente, proprio sui caratteri della “nuova” udienza preliminare.

In particolare, la Corte ha rilevato che, a seguito delle importanti innovazioni introdotte, in particolare, dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della quantità e qualità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, e, infine, per ciò che attiene alla più estesa gamma delle decisioni che lo stesso giudice è chiamato ad adottare. L'esigenza di completezza delle indagini preliminari ora significativamente valutabile anche in sede di udienza preliminare, al cui giudice è attribuito il potere di disporre l'integrazione delle indagini stesse (art. 421-*bis* cod. proc. pen.); l'analogo potere di integrazione concernente i mezzi di prova, a fronte del quale il giudice può assumere anche d'ufficio le prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 cod. proc. pen.); le nuove cadenze delle indagini difensive — introdotte dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397 — ed il conseguente ampliamento del tema decisorio, non più limitato al materiale raccolto dall'organo dell'accusa: sono tutti elementi di novità che postulano, all'interno della udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato, e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde — quanto alla determinazione conclusiva — un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di “sommarietà” che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo “stato degli atti”.

Accanto a ciò, vengono poi in considerazione i nuovi “contenuti” che, sempre alla stregua degli apporti novellistici, può assumere la decisione con la quale il giudice è chiamato a definire l'udienza preliminare. In base alla nuova formulazione dell'art. 425 cod. proc. pen., infatti, la *regula iuris* posta a fondamento del rinvio a giudizio, si radica — in positivo — sulla sufficienza, non contraddittorietà e, comunque, idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, imponendosi, in caso di diverso apprezzamento, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere. Quest'ultima, a sua volta, può scaturire anche dal riconoscimento di circostanze attenuanti e dalla correlativa applicazione della disciplina di cui all'art. 69 cod. pen., con i riflessi tipici delle statuizioni che incidono sul merito della causa; ed ugualmente sul merito finisce per proiettarsi la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità — ora consentita, quando non ne consegua l'applicazione di una misura

di sicurezza —, trattandosi di sentenza che, come già affermato dalla Corte, postula «il necessario accertamento di responsabilità in ordine al fatto reato» (cfr. sentenza n. 41 del 1993).

L'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare, riposa, dunque, su una valutazione del merito della accusa ormai non più distinguibile — quanto ad intensità e completezza del panorama deliberativo — da quella propria di altri momenti processuali.

Nondimeno, nella **ordinanza n. 185 del 2001**, la Corte ribadisce, ancora una volta, che le pur significative e rilevanti modifiche che la legge n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina della udienza preliminare, pur avendo contribuito a ridefinire, in termini di maggior pregnanza, la struttura, la dinamica ed i contenuti decisori di quella fase, non ne hanno tuttavia mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza. Invero, al di là delle segnalate innovazioni, la funzione della udienza preliminare era e resta quella di verificare — sia pure alla luce di una valutazione "contenutistica" più penetrante rispetto al passato — l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero, cosicché, ad una richiesta in rito, non può non corrispondere, in capo al giudice, una decisione di eguale natura, proprio perché anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale.

### **4.3. La prova dibattimentale**

#### **4.3.1. La prova dichiarativa.**

Gli interventi più recenti e di maggiore rilievo in tema di acquisizione ed utilizzazione della prova dibattimentale si registrano nello specifico ambito della prova dichiarativa: precisamente, nella valutazione di compatibilità costituzionale del complessa disciplina introdotta dalla legge n. 63 del 2001, di attuazione del “giusto processo”, con sensibile contrazione delle incompatibilità a testimoniare e, dunque, riduzione dell'area del “diritto al silenzio”. Ciò che il legislatore del 2001 ha ritenuto essere ragionevole ed opportuna attuazione del principio del contraddittorio espresso nell'art. 111 Cost.

Nel suo complesso, la giurisprudenza della Corte sul punto ha ritenuto armoniche alla Carta fondamentale le scelte operate dal legislatore sul punto.

Nell'**ordinanza n. 291 del 2002**, la Corte ha, ad esempio, ritenuto congrue e ragionevoli le garanzie contro l'autoincriminazione in favore della figura del “testimone assistito” introdotte dalla legge n. 63 del 2001.

La Corte ha infatti disatteso (manifesta infondatezza) il dubbio di legittimità costituzionale relativo all'art. 210, comma 6, cod. proc. pen. nella parte in cui prevede che, in caso di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre in unità di tempo e di luogo, non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si è proceduto nei suoi confronti il soggetto che, avendo ricevuto l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), cod. proc. pen. e non essendosi avvalso della facoltà di non rispondere, ha assunto la qualità di testimone assistito. In sostanza, il giudice *a quo* riteneva che, nella specifica situazione sottoposta al suo esame, il testimone assistito fosse sufficientemente garantito dal rischio di autoincriminazione grazie al divieto generale,

previsto dall'art. 197–bis, comma 5, cod. proc. pen., di qualsiasi forma di utilizzazione *contra se* delle dichiarazioni rese, e che l'ulteriore garanzia, prevista dal comma 4, ultima parte, del medesimo articolo, di non essere obbligato a deporre su fatti concernenti la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si é proceduto nei suoi confronti, non avesse ragion d'essere ove prevista a favore di un soggetto che, dopo aver ricevuto l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), cod. proc. pen., ha volontariamente assunto l'ufficio di testimone. Invero, nella prospettiva del rimettente, il principio *nemo tenetur se detegere*, assicurato mediante la garanzia che nessuno può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale, avrebbe dovuto operare, secondo quanto disposto dall'art. 198, comma 2, cod. proc. pen., solo in favore del soggetto che assume obbligatoriamente l'ufficio di testimone.

La Corte ha disatteso tale tesi, evidenziando che, nel dare attuazione con la legge n. 63 del 2001 alla riforma dell'art. 111 Cost., il legislatore ha ridotto la sfera del diritto al silenzio dell'imputato chiamato a rendere dichiarazioni sul fatto altrui, istituendo la nuova figura del testimone assistito. Coerentemente con tale scelta, il legislatore, al fine di evitare che l'imputato di reato connesso o collegato che abbia assunto la qualità di testimone assistito si trovi costretto a rendere dichiarazioni autoincriminanti, ha esteso a tale soggetto il doppio livello di garanzie previsto per il testimone ordinario dagli artt. 198, comma 2, e 63 cod. proc. pen., riconoscendogli da un lato, in via preventiva, la facoltà di non rispondere alle domande sui fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale in ordine al reato per cui si procede o si é proceduto nei suoi confronti (art. 197–bis, comma 4, cod. proc. pen.), e stabilendo, dall'altro, il divieto generale di qualsiasi utilizzazione delle dichiarazioni che potrebbero risolversi *a posteriori* in suo danno (art. 197–bis, comma 5, cod. proc. pen.). Ciò in quanto il principio *nemo tenetur se detegere* é un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre.

Anche nella quasi coeva **ordinanza n. 451 del 2002**, la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione alcuni rilevanti aspetti della disciplina del diritto al silenzio introdotta dalla legge n. 63 del 2001. Il dubbio di legittimità costituzionale attingeva il combinato disposto degli artt. 210, comma 6, e 197–bis, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che chi ha in precedenza reso dichiarazioni sulla responsabilità dell'imputato in qualità di persona informata sui fatti, e solo successivamente ha assunto la qualità di imputato di un reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., possa essere sentito come testimone in dibattimento a prescindere dall'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), cod. proc. pen..

La Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione, muovendo dal rilievo che – contrariamente a quanto opinato dal rimettente – le dichiarazioni *erga alios* rese ex art. 362 cod. proc. pen. non sono frutto di una «libera scelta» – circostanza che renderebbe superfluo l'avvertimento – posto che la persona informata sui fatti ha l'obbligo di rispondere, secondo verità, alle domande rivoltele dal pubblico ministero, e che, se rifiuta di rispondere o dichiara il falso, commette il reato di false informazioni, previsto e sanzionato dall'art. 371–bis cod. pen. In conseguenza, le dichiarazioni a norma dell'art. 362 cod. proc. pen. non sono pertanto assimilabili a quelle rese sul fatto altrui dalla persona sottoposta alle indagini o imputata di un reato collegato ex art. 371, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., in quanto solo nel secondo

caso il soggetto, ricevuto l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), cod. proc. pen., si è liberamente determinato a rilasciare dichiarazioni accusatorie. La nuova disciplina del diritto al silenzio prevista dalla legge n. 63 del 2001, esprimendo l'esigenza di subordinare, per determinate categorie di soggetti, l'assunzione della qualità di testimone su fatti concernenti la responsabilità altrui alla libera autodeterminazione del dichiarante, si fonda su una *ratio* che non può non estendersi alla peculiare situazione di chi, avendo reso le precedenti dichiarazioni nella veste di soggetto che aveva l'obbligo di rispondere alle domande e di dire la verità, debba poi essere esaminato nella diversa qualità di imputato di reato collegato. Non è dunque dato ravvisare alcuna violazione del principio di eguaglianza nella disciplina, non implausibilmente interpretata dal rimettente, che prescrive l'obbligo di dare l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere all'imputato di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., non rilevando la circostanza che tale soggetto abbia in precedenza reso dichiarazioni concernenti la responsabilità altrui nella diversa qualità di persona informata sui fatti. Secondo la Corte, non sussiste neppure la dedotta violazione dell'art. 111, comma quarto, Cost., perché la regola della formazione della prova in contraddittorio non può vanificare l'esercizio del diritto al silenzio, che è espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, e costituisce perciò un corollario essenziale del diritto di difesa» (v. ordinanza n. 291 del 2002). Infine, non sussiste alcuna violazione dell'art. 112 Cost., posto che le norme che assicurano il diritto al silenzio all'imputato di reato collegato o in procedimento connesso, che non si sia determinato per consapevole e libera scelta a rendere dichiarazioni *erga alios*, non incidono in alcun modo sull'esercizio dell'azione penale, tanto più nel caso in cui il pubblico ministero abbia già formulato la richiesta di rinvio a giudizio e il procedimento si trovi nella fase dibattimentale.

Con l'**ordinanza n. 485 del 2002**, la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 197, 197-bis e 210 del codice di procedura penale, nella parte in cui garantiscono il diritto al silenzio dell'imputato in procedimento connesso, separatamente giudicato per lo stesso fatto con sentenza non ancora irrevocabile, che abbia in precedenza reso dichiarazioni *erga alios*, e non prevedono che il rifiuto di sottoporsi all'esame sia penalmente sanzionato al pari del rifiuto di rispondere del testimone. Il rimettente, in sostanza, vorrebbe che i soggetti imputati del medesimo reato e giudicati separatamente possano essere sentiti come testimoni assistiti, con esclusione della facoltà di non rispondere, prima della definizione del procedimento a loro carico.

La Corte ha evidenziato che la disciplina censurata appare giustificata, quanto alla incompatibilità a testimoniare per i coimputati del medesimo reato e per le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., in ragione della peculiare situazione derivante dall'unicità del fatto-reato e dei conseguenti profili di indubbia interferenza con la posizione dell'imputato e, quanto alla previsione dell'avvertimento per le altre categorie, in ragione della necessità di garantire che il dichiarante compia una scelta libera e consapevole in ordine alle conseguenze delle proprie dichiarazioni *erga alios* (v. ordinanza n. 451 del 2002). La disciplina censurata non si pone in contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., ma è frutto delle scelte discrezionali, non irragionevolmente esercitate, con cui il legislatore ha individuato, in ossequio al principio *nemo tenetur se detegere*, situazioni nelle quali il diritto al silenzio, inteso nella sua dimensione di «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», va garantito malgrado dal suo esercizio possa conseguire l'impossibilità di formazione della prova

testimoniale (v. ordinanze n. 291 e n. 451 del 2002).

Va infine menzionata – tra le molte possibili – l'**ordinanza n. 265 del 2004**, con cui la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., dell'art. 197–*bis*, comma 6, cod. proc. pen., nella parte in cui rende applicabile ai c.d. "testimoni assistiti", di cui al comma 1 dello stesso articolo, la regola di valutazione probatoria sancita dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., per effetto della quale le dichiarazioni rese da detti soggetti sono valutate "unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità". Il dubbio di costituzionalità poggiava sull'assunto che la norma impugnata avrebbe, in tal modo, per un verso, ingiustificatamente equiparato i soggetti in parola agli imputati in un procedimento connesso o di reato collegato, sentiti ai sensi dell'art. 210 cod. proc. pen.; e, per un altro verso, ingiustificatamente differenziato i soggetti medesimi rispetto ai testimoni ordinari.

La Corte ha rilevato come l'assetto normativo censurato rappresenti espressione della strategia di fondo che ha ispirato il legislatore della legge 1° marzo 2001, n. 63: strategia consistente nell'enucleare una serie di figure di 'dichiaranti' nel processo penale in base ai diversi 'stati di relazione' rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma 'estrema' di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato. Infatti, ai vari 'stati di relazione' corrisponde quindi una articolata scansione normativa di figure soggettive, di modalità di dichiarazione e di effetti del dichiarato ed, in tale ottica, e per quanto attiene specificamente all'odierna questione — concernente le dichiarazioni rese da persona già imputata del medesimo reato per il quale si procede, nei cui confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. — è sufficiente osservare che la totale equivalenza delle figure del teste ordinario e del teste 'assistito', postulata dal giudice *a quo*, non è, in realtà, affatto ravvisabile. Invero, la circostanza che nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di reato collegato *ex art. 371, comma 1, lettera b)*, cod. proc. pen. sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di "patteggiamento", vale a differenziare la posizione del soggetto considerato rispetto a quella degli imputati in un procedimento connesso o di reato collegato ancora in attesa di giudizio definitivo: giustificando, così, la scelta legislativa di permettere l'audizione del soggetto stesso in veste di testimone, con correlata restrizione (nei limiti normativamente previsti) del 'diritto al silenzio'; ma tale circostanza non basta ancora a 'ripristinare', alla stregua di una ragionevole valutazione del legislatore, la condizione di assoluta indifferenza rispetto alla vicenda oggetto di giudizio che è propria del teste ordinario. In altre parole, la norma censurata trova la sua *ratio* fondante nella considerazione che chi è stato imputato in un procedimento connesso o di reato collegato *ex art. 371, comma 2, lettera b)*, cod. proc. pen., anche dopo che è divenuta definitiva la sentenza di cui all'art. 444 cod. proc. pen., non è mai completamente 'terzo' rispetto alla imputazione cui la pena applicata si riferisce; l'originario coinvolgimento nel fatto lascia infatti residuare un margine di 'contiguità' rispetto al procedimento, che si riflette sulla valenza probatoria della dichiarazione. In questa prospettiva, l'assoggettamento delle dichiarazioni del "teste assistito" alla regola della necessaria 'corroborazione' con riscontri esterni, di cui all'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., lungi dal determinare un *vulnus* del principio di uguaglianza, si risolve in un esercizio — non irragionevole — della discrezionalità che al legislatore compete nella conformazione degli istituti processuali: e ciò tanto più a fronte del fatto che la regola censurata si inserisce in un

più ampio ‘corpo’ di garanzie — quali quelle delineate dallo stesso art. 197–*bis* cod. proc. pen. — che, ad onta del contrario avviso del giudice *a quo*, riflettendo anch’esse la particolare relazione che lega il dichiarante alla regiudicanda, fanno in via generale del "testimone assistito" una figura significativamente differenziata, sul piano del trattamento normativo, rispetto al teste ordinario. Le suddette considerazioni escludono, altresì, che la sottoposizione delle dichiarazioni rese dai "testimoni assistiti" alla medesima regola di valutazione probatoria operante in rapporto alle dichiarazioni dei soggetti sentiti ai sensi dell’art. 210 cod. proc. pen. — quantunque soltanto i primi, e non i secondi, abbiano l’obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità — determini, sotto altro profilo, una compromissione del parametro costituzionale evocato: fermo restando che la sussistenza o meno di un obbligo di verità del dichiarante potrà essere comunque opportunamente valorizzata dal giudice, in sede di determinazione dell’entità del riscontro esterno idoneo a confermare l’attendibilità della dichiarazione di cui si tratta.

#### 4.4. I riti speciali

##### 4.4.1. *La compatibilità costituzionale del patteggiamento.*

La ricostruzione *funditus* di un inedito assoluto nel panorama ordinamentale italiano, quale è il c.d. patteggiamento, avviene, ad opera della Corte, immediatamente dopo l’introduzione del rito speciale nella nuova procedura penale.

Con la **sentenza n. 313 del 1990**, è pur vero che la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 444, secondo comma, del codice di procedura penale 1988, nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all’articolo 27, terzo comma, della Costituzione, il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione; ma, a tale caducazione, corrisponde un giudizio di complessiva “armonia costituzionale” del nuovo rito. Il quale, insomma, è promosso dalla Corte nei suoi tratti essenziali.

Invero, nella pronuncia si evidenzia innanzitutto che non sembra che il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, di cui al primo comma dell’art. 101 della Costituzione, riceva offesa da questi e da altri interventi che la particolare natura del nuovo processo riconosce al potere dispositivo delle parti nel contesto del sistema accusatorio. Certo, è questione di limiti dovuti al rispetto dei principi dettati dalla legge fondamentale, e di ciò sarà detto più innanzi, ma non può essere rifiutato in linea di principio un potere che, lungi dal pregiudicare quello del giudice, è concepito in funzione di collaborazione ad una rapida affermazione della giustizia con una effettiva ed immediata applicazione della pena.

D’altra parte, non sembra nemmeno esatto che la situazione, su cui le parti sono autorizzate a presentare la richiesta consensuale di applicazione della pena, non sia sufficientemente predeterminata. In realtà, l’ambito entro cui l’intesa diventa possibile è contenuto entro rigorose condizioni, e la pena deve poter restare entro i limiti dei due anni di reclusione. Ciò comporta che l’intesa è ammissibile soltanto per quei reati per i quali è previsto un minimo edittale della pena che ne consenta la riduzione, in concorso con tutte le possibili diminuzioni, entro i limiti predetti.

E parimenti predeterminata è la necessità che non sussistano le condizioni legittimanti il

proscioglimento «allo stato degli atti». Se queste sussistono, infatti, si sovrappone alla volontà delle parti il potere–dovere del giudice di applicare l'art. 152 del codice abrogato (ipotesi dell'art. 248 Disposizioni transitorie) o l'art. 129 del codice vigente. Altrettanto dicasi se la parte privata abbia subordinato l'efficacia della sua richiesta alla concessione della sospensione condizionale della pena: nel qual caso il giudice, se ritiene la parte immeritevole del beneficio, rigetta l'intera richiesta.

Né è vero che i poteri del giudice abbiano carattere “notarile”.

Già nell'esercitare il controllo sulla definizione giuridica dei fatti, il giudice non valuta soltanto la correttezza di un'operazione logicogiuridica. Infatti, il giudice trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in cui le parti le hanno valutate, sicché ben può contestare che la definizione giuridica cui le parti s'attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze. E già questa è valutazione di merito ed aspetto essenziale della soggezione del giudice soltanto alla legge.

Ma altrettanto deve dirsi per il riconoscimento delle attenuanti che l'intesa delle parti ritiene debbano concorrere alla quantificazione della pena e, in ipotesi di bilanciamento con eventuali aggravanti, la verifica dei criteri adottati dalle parti. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, è sempre sulle risultanze che s'appunta il sindacato del giudice per la verifica, e perciò non è vero che il suo controllo s'arresti alla cornice di legittimità: che, anzi, esso finisce per essere determinante proprio agli effetti della commisurazione della pena, sulla quale ripristina l'imperio di quella legge alla quale, soltanto, egli è soggetto. Ed è anche evidente che, nel procedere al riconoscimento delle attenuanti o al giudizio di bilanciamento, dovrà necessariamente attenersi ai criteri di cui all'art. 133 del codice penale, specie per quanto si riferisce alle cosiddette attenuanti non scritte (art. 62–bis cod. pen.) che, per pacifica ammissione di dottrina e giurisprudenza, non hanno altro indice di riferimento, se non quello, diretto e immediato, di cui ai criteri dettati dall'art. 133 cod. pen. Così come pure è implicito che, sempre ispirandosi ad una corretta valutazione delle risultanze, il giudice non soltanto ha il potere–dovere di controllare – come s'è detto – la correttezza delle circostanze che le parti hanno ritenuto, ma può altresì liberamente ravvisarne altre, tanto attenuanti quanto aggravanti: con esse diversamente condizionando anche l'eventuale giudizio di bilanciamento. Dunque, secondo la Corte, non si rileva un contrasto delle norme impugnate con l'art. 101, primo comma, della Costituzione.

Né sono ravvisabili elementi di frizione con l'art. 102, primo comma o con l'art. 111, primo comma, della Costituzione.

Secondo la Corte, infatti, va negato decisamente, infatti, che, nell'ipotesi di cui all'art. 444 cod. proc. pen., il giudice non eserciti una funzione giurisdizionale.

Anche se fosse vero che l'art. 444 attribuisca al giudice un mero controllo di legittimità, si tratterebbe pur sempre di una funzione giurisdizionale: e per di più di una funzione determinante, dato che senza di essa le parti non avrebbero alcuna possibilità di definire il giudizio, mentre è proprio questo il momento qualificante della funzione giurisdizionale. Peraltro, si è visto che il giudice, invece, questa funzione la esercita anche sotto il profilo del merito.

Ma va altresì negato conseguentemente che, nella sentenza di cui all'art. 444 cod. proc. pen., non vi sia una motivazione che esprima il convincimento del giudice. L'enunciazione nel dispositivo che avverte esservi stata richiesta delle parti non è effettivamente motivazione – come lo stesso Pretore annota – ma ciò non significa che il dovere del giudice in ordine alla

motivazione si esaurisca in quella enunciazione.

In realtà, il giudice non può lasciare senza alcuna giustificazione nella sentenza l'apprezzamento della correttezza o meno della definizione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze: così come è tenuto a dire le ragioni per cui le circostanze, attenuanti od aggravanti, e l'eventuale prevalenza o equivalenza delle une rispetto alle altre, siano o non ritenute plausibili nei sensi prospettati nella consensuale richiesta delle parti.

D'altra parte, il modello generale di sentenza, che il legislatore delinea nell'art. 546 cod. proc. pen., prevede alla lettera e del primo comma «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata»: si tratta di un'esigenza che non è esclusa dalla particolare configurazione della sentenza prevista dall'art. 444 cod. proc. pen., anche se ovviamente va ad essa ragguagliata.

Si tratta, perciò, di un provvedimento motivato emesso dall'Autorità giudiziaria ordinaria nell'esercizio della giurisdizione, che spazia dal merito alla legittimità.

Infine, la Corte esamina, per escluderla, la doglianza secondo cui vi sarebbe attribuzione di una pena a se stesso da parte dell'imputato: il che significherebbe disporre del diritto alla libertà personale e alla difesa, con violazione degli artt. 13 e 24 della Costituzione che contemplano diritti fondamentali ed indisponibili.

Posto, infatti, che va escluso che il giudice resti estraneo alla determinazione della pena, va aggiunto che anche l'accertamento diretto ad escludere che sussistano, acquisiti agli atti, elementi che negano la responsabilità o la punibilità, integra una importante partecipazione del giudice all'indagine sulla responsabilità.

Nè va dimenticato che, con il richiedere l'applicazione di una pena, l'imputato non nega sostanzialmente la sua responsabilità, ed è, anzi consapevole di rinunciare persino all'impugnazione se la richiesta viene accettata (art. 448, secondo comma, cod. proc. pen.). Ebbene, quando sorga qualche perplessità in ordine al senso effettivo della sua richiesta, il giudice ha ampia possibilità di sincerarsene, disponendo la comparizione del l'imputato per poterlo personalmente sentire: anche questo è un modo per accertare.

Peraltro, ancora una volta va richiamato il modello generale di sentenza di cui all'art. 546 cod. proc. pen., e le prescrizioni della lettera e del primo comma, dove si esige che il giudice indichi le prove che intende porre a base della sua decisione, ed enunci le ragioni per le quali non ritiene attendibili le prove contrarie. Dal che si evince che anche la decisione di cui all'art. 444 cod. proc. pen., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità.

Non è esatto, perciò, che sia l'imputato ad attribuirsi una pena e non il giudice ad imporgliela. A parte l'ovvia considerazione che non si tratta di un'attribuzione che l'imputato fa a se stesso, ma soltanto di una richiesta che, con il consenso del pubblico ministero, egli presenta al giudice, è sicuro poi che, già sul piano formale, la richiesta non avrebbe alcun effetto sulla libertà personale del postulante se il giudice non intervenisse, mediante i poteri di cui s'è detto, con la sentenza che infligge in concreto la pena ventilata.

Ciò che non può essere assolutamente condiviso è l'idea che l'imputato “disponga” della sua “indisponibile” libertà personale per autolimitarla.

In realtà l'imputato, quando chiede l'applicazione di una pena lo fa soltanto per ridurre al minimo quel maggior sacrificio della sua libertà, che egli prevede all'esito del giudizio ordinario. E quanto alla difesa, è proprio suo efficiente strumento la possibilità che la legge offre all'imputato di acquisire con sicurezza una pena minima sottraendosi al rischio di più

gravi inflizioni, persino–se i precedenti lo consentono e il giudice lo ritenga – beneficiando della sospensione condizionale.

Del resto, occorre anche guardarsi dal pericolo di confondere il diritto di libertà e quello di difesa con l'obbligo assoluto di esercitarli. La legge fondamentale garantisce le condizioni affinché il diritto di libertà personale e quello di difesa possano essere esercitati in tutte le loro legittime facoltà, ma ciò non autorizza a configurare quell'esercizio come obbligatorio.

La sentenza passa quindi ad esaminare il profilo del contrasto rispetto al parametro di cui all'art. 27 Cost., in ordine al quale rileva poi la disarmonia della norma censurata, in punto di preclusione dello specifico controllo del giudice sulla concreta congruità della pena.

La Corte, per pervenire alla caducazione, sul punto, della norma impugnata, premette un'ampia disamina del principio di rieducazione della pena di cui al citato parametro costituzionale, evidenziando la profonda evoluzione che caratterizza la stessa giurisprudenza costituzionale .

In realtà la passata giurisprudenza della Corte (come, del resto la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione) aveva ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma terzo dell'art. 27, riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato (quale esempio del lungo percorso di questo *leit motiv* si vedano le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; nn. 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988). A tale risultato si era pervenuto valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed absolutezza al principio rieducativo, che – come dimostrerebbe l'espressione testuale –doveva essere inteso esclusivamente quale “tendenza” del trattamento.

Ne è derivata quella nota concezione polifunzionale della pena che – ad avviso della Corte – non solo non sarebbe contraddetta, ma sarebbe anzi ribadita dal disposto costituzionale (cfr. sentenze n. 12 del 1966; n. 22 del 1971; n. 179 del 1973; n. 264 del 1974 ed altre). Per essa, le finalità essenziali restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario.

In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della

sanzione.

È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena.

L'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto.

La Corte ha già avvertito tutto questo quando non ha esitato a valorizzare il principio addirittura sul piano della struttura del fatto di reato (cfr. sentenza n. 364 del 1988).

Dunque, la Corte ribadisce esplicitamente che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie. Del resto, si tratta di un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra. Principio che la Corte di Giustizia della Comunità europea ha accolto in tutta la sua ampiezza, al punto da estenderlo all'illecito amministrativo (cfr. sentenze 20 febbraio 1979, n. 122/1978 e 21 giugno 1979, n. 240/1978, in Racc. Giur. C.E.E. 1979, 677 e 2137).

Tanto più, quindi, esso deve trovare larga applicazione all'interno di un ordinamento come il nostro, che ne ha fatto un punto cardine della funzione costituzionale della pena.

Ma il secondo comma dell'art. 444 cod. proc. pen., a differenza di quanto dispone il primo comma dell'art. 448 stesso codice, prevedendo che il giudice – pur dopo i controlli di cui s'è detto – debba attenersi alla pena così come indicata dalle parti, limitandosi ad enunciare nel dispositivo che tale è stata la richiesta, non consente di valutare la congruità della pena ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, terzo comma, della Costituzione. Ne consegue che, per tale parte, dev'essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della detta disposizione.

La compatibilità costituzionale della “giustizia patteggiata” è stata poi ribadita dalla Corte nella valutazione del c.d. “patteggiamento allargato” ad opera della **sentenza n. 219 del 2004**. Oggetto di tale pronuncia erano gli artt. 1 e 5 della legge 12 giugno 2003, n. 134 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti), recanti alcune modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, della legge citata all'art. 444 del codice di procedura penale, con particolare riferimento all'aumento da due a cinque anni del tetto di pena entro il quale opera l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, oltre che alla disciplina transitoria contenuta (commi 1 e 2 dell'art. 5 della legge citata) e, in particolare, alle previsioni che riconoscono alle parti la facoltà di presentare richiesta di applicazione della pena anche quando alla data di entrata in vigore della legge

risultino decorsi i termini ordinari, e consentono all'imputato di chiedere la sospensione del dibattimento per un periodo non inferiore a quarantacinque giorni per valutare l'opportunità di chiedere il patteggiamento.

La Corte ha disatteso le censure avanzate dai giudici *a quibus*, evidenziando che – fermi i meccanismi di ‘filtro’ e di controllo rispettivamente affidati al pubblico ministero, che continua ad essere chiamato ad esprimere il consenso in caso di richiesta presentata dall'imputato, e al giudice, deputato a verificare, a norma dell'art. 444, comma 2, cod. proc. pen., non solo la correttezza della qualificazione giuridica del fatto e dell'applicazione e della comparazione delle circostanze, ma anche la congruità della pena indicata dalle parti – il legislatore ha circondato di una serie di cautele l'ampliamento della operatività del rito speciale, prevedendo le ipotesi di esclusione oggettiva e soggettiva in relazione alla gravità dei reati ed ai casi di pericolosità qualificata e la non operatività di importanti effetti premiali. Ciò consente – secondo la Corte – di ritenere, alla luce della disciplina complessiva risultante dalle modifiche recate dalla legge n. 134 del 2003, che la scelta di ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, certamente rientrante nella sfera della discrezionalità del legislatore, non è stata esercitata in maniera manifestamente irragionevole.

Sempre sul piano dei principi, merita riflessione il contenuto decisorio ed argomentativo della **sentenza n. 336 del 2009**, relativa agli effetti in sede disciplinare della sentenza di patteggiamento. Con tale pronuncia, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 445, comma 1-*bis*, e 653, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, nella parte in cui, equiparata la sentenza di cui all'art. 444 dello stesso codice ad una sentenza di condanna, prevede che essa abbia efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale ed alla affermazione che l'imputato lo ha commesso.

È di immediata intuizione il crinale particolarmente delicato della questione, proprio in relazione alle peculiarità dell'“accertamento” scaturente dalla sentenza di patteggiamento ed alle garanzie di difesa del soggetto cui sia stata applicata la pena in forza di tale rito speciale.

La Corte – a fronte del rilievo del giudice rimettente che evidenziava un'aporìa di sistema nella circostanza che, mentre la sentenza di condanna pronunciata all'esito del dibattimento si fonda su un accertamento positivo di responsabilità, alimentato dalla esaustiva deliberazione del materiale di prova raccolto nel contraddittorio fra le parti, la sentenza che applica la pena su richiesta si radica, invece, soltanto sulla riscontrata assenza di cause di non punibilità, a norma dell'art. 129 del codice di rito – ha statuito che la scelta del patteggiamento rappresenta un diritto per l'imputato – espressivo, esso stesso del più generale diritto di difesa –, al quale si accompagna la naturale accettazione di tutti gli effetti – evidentemente, sia favorevoli che sfavorevoli – che il legislatore ha tassativamente tracciato come elementi coesenziali all'accordo intervenuto tra l'imputato ed il pubblico ministero ed assentito dalla positiva valutazione del giudice. Effetti tra i quali – per quel che si è detto, non irragionevolmente – il legislatore ha ritenuto di annoverare anche il valore di giudicato sul fatto, sulla relativa illiceità e sulla responsabilità, ai fini del giudizio disciplinare davanti alle pubbliche autorità. La circostanza, invero, che l'imputato, nello stipulare l'accordo sul rito e sul merito della regiudicanda, “accetti” una determinata condanna penale, chiedendone o consentendone l'applicazione, sta infatti univocamente a significare che l'imputato medesimo ha ritenuto, a quei fini, di non contestare “il fatto” e la propria “responsabilità”: con l'ovvia

conseguenza di rendere per ciò stesso coerente, rispetto ai parametri di cui si assume la violazione, la possibilità che, intervenuto il giudicato su quel “fatto” e sulla relativa attribuibilità allo stesso imputato, simili componenti del giudizio si cristallizzino anche agli effetti del giudizio disciplinare.

#### **4.4.2. Il giudizio abbreviato**

Tra le oltre cinquanta pronunce del Giudice delle leggi relative al rito abbreviato, non è semplice una selezione di quelle che connotano ed affermano i principi essenziali “propri” di tale rito speciale.

Anche per il giudizio abbreviato, le pronunce del Giudice delle leggi hanno anticipato la ricalibratura normativa dell’istituto, avvenuta, in questo caso, con la legge sulla riforma c.d. del giudice unico, a dieci anni esatti dall’“esordio” del rito speciale nell’ambito della procedura penale italiana.

Volendo periodizzare gli interventi della Corte, si potrebbe dire che il primo gruppo di essi si colloca nei primissimi anni ’90 e consta di numerose pronunce di accoglimento, per poi assestarsi, circa un decennio più tardi (dopo la riforma del 1999 e soprattutto nell’anno 2001) in altro gruppo di pronunce, in cui prevale lo strumento della sentenza interpretativa di rigetto.

Agli albori, appunto del rito, allorquando esso fondatamente poteva definirsi quale “patteggiamento sul rito” – con una simmetria perfetta rispetto al “patteggiamento sulla pena” proprio dell’altro rito speciale, l’applicazione della pena su richiesta, *ex art. 444 c.p.p.* – la Corte, con la **sentenza n. 66 del 1990**, ebbe a censurare l’art. 247, primo, secondo e terzo comma, del testo delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale 1988 (testo approvato con il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271), nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero, in caso di dissenso, debba enunciarne le ragioni e nella parte in cui non prevede che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all’imputato la riduzione di pena contemplata dall’art. 442, secondo comma, del codice di procedura penale del 1988. La pronuncia fu l’occasione per una precisazione circa il parallelo teorico tra abbreviato e patteggiamento cui sopra si accennava ed, al contempo, per chiarire – attraverso l’esame dell’allora necessario consenso del p.m. – lo *specimen* di tale rito speciale.

La Corte infatti evidenziò che, con riferimento alle rispettive discipline introdotte dal codice del 1988, la Relazione al progetto preliminare, nel distinguere il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena su richiesta delle parti dagli altri procedimenti speciali, pure ispirati ad «evidenti ragioni di economia processuale», li qualificasse immediatamente «riti abbreviati», affidando all’aggettivo, adoperato per contraddistinguere il primo dei due, anche il compito di designare la categoria entro la quale è possibile accostarlo all’altro. E precisasse, subito dopo, come ad entrambi fosse «affidata la funzione di evitare il passaggio alla fase dibattimentale di un gran numero di procedimenti, secondo uno schema di deflazione comune a tutti i sistemi processuali che si ispirano al modello accusatorio» e come entrambi si fondino «sull’accordo tra accusa e difesa», quest’ultima variamente “incentivata” ad avvalersene. Le differenziazioni tra i due riti muovono proprio di qui. Diverse, al di là degli impliciti vantaggi comuni ad entrambi (costi ridotti e pubblicità del dibattimento evitata), le soluzioni premiali; diversi gli strumenti di approdo. L’applicazione della pena su richiesta delle parti – possibile,

ad iniziativa congiunta di entrambe o, indifferentemente, dell'una o dell'altra, in quanto si tratti di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria diminuita fino ad un terzo o di una pena detentiva che, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino ad un terzo, non superi due anni di reclusione o di arresto – «sta ad indicare un accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell'imputazione (responsabilità dell'imputato e pena conseguente)», con in più gli effetti favorevoli previsti dall'art. 445 del nuovo codice. Invece, nel giudizio abbreviato–applicabile per qualsiasi reato su richiesta del solo imputato– l'accordo tra pubblico ministero ed imputato «non tocca in alcun modo il merito della imputazione, in quanto concerne esclusivamente il rito semplificato da seguire», con attribuzione all'imputato – che non deve riconoscere la propria responsabilità, solo accettando di essere giudicato allo stato degli atti – del diritto alla diminuzione di un terzo della pena in caso di condanna.

Nondimeno, il fatto che la Relazione al progetto preliminare si preoccupi di ricordare come sin dai lavori preparatori della legge–delega il giudizio abbreviato sia stato efficacemente qualificato come “patteggiamento sul rito” e in tal modo distinto dal “patteggiamento sulla pena” o sul merito del processo, non equivale a disconoscere la realtà, invero più complessa, del giudizio abbreviato, in quanto l'accordo delle parti sul rito ha pure un effetto sul merito: in caso di condanna tale accordo comporta, invero, una diminuzione della pena per il solo fatto dell'adozione del rito speciale, pur trattandosi di un effetto “indiretto” ed “eventuale”, dato che la pronuncia di merito potrebbe anche essere di proscioglimento. Allo stesso modo dell'instaurazione del giudizio abbreviato, l'effetto sul merito dipende in primo luogo dal consenso del pubblico ministero, proprio come dal consenso di quest'ultimo dipende, in caso di applicazione della pena su richiesta dell'imputato, non soltanto l'intesa sulla pena ma altresì l'adozione del rito semplificato.

Allorché, come nelle ipotesi rispettivamente disciplinate dall'art. 247, primo, secondo e terzo comma. e dall'art. 248, primo comma, il rito viene sostanzialmente a corrispondere per quel che concerne giudice, momento e sede della decisione finale, men si giustifica che il pubblico ministero, di fronte ad una richiesta di giudizio abbreviato, possa sacrificare, oltre al rito, anche l'effetto sulla pena, senza neppure dover enunciare le ragioni del proprio dissenso, a differenza di quanto avviene di fronte ad una richiesta di applicazione della pena, dove un rito sostanzialmente corrispondente può essere sacrificato dal pubblico ministero solo enunciando le ragioni del dissenso e l'effetto sulla pena può essere sacrificato solo con un dissenso non ritenuto ingiustificato dal giudice. Tanto più se si considera che nell'applicazione della pena su richiesta l'iniziativa può partire indifferentemente dall'imputato o dal pubblico ministero, con reciproca possibilità di un dissenso che il pubblico ministero è tenuto a motivare e l'imputato no, mentre nel giudizio abbreviato, essendo l'iniziativa riservata a quest'ultimo, il dissenso può essere del solo pubblico ministero, con conseguente maggiore necessità di una motivazione.

Si tratta, all'evidenza, di postulati teorici che, seppur importanti per il generale inquadramento dell'istituto, hanno ormai solo un valore storico, superati dall'evolversi della normativa.

Dopo la riforma del 1999, ma anche dopo la riforma costituzionale dell'art. 111, la Corte ha modo, con la **sentenza n. 115 del 2001**, di porre a raffronto lo *specimen* del rito abbreviato, vale a dire “allo stato degli atti”(pur se il giudice, nel frattempo, è stato dotato di poteri istruttori officiosi) con il principio del contraddittorio, di nuovo conio nel novellato parametro costituzionale.

La Corte, nella citata sentenza, è chiamata ad affrontare numerose questioni di legittimità costituzionale relative a vari aspetti della nuova disciplina del giudizio abbreviato, quale risulta a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, questioni che, in sostanza, lamentano tutte che il giudice sia stato privato del potere di respingere la richiesta di giudizio abbreviato, previsto dall'abrogato art. 440 del codice di procedura penale nei casi in cui il giudice stesso ritenesse che il processo non poteva essere deciso allo stato degli atti.

La decisione – che dichiara non fondate o comunque inammissibili le censure – antepone all'argomentazione in senso stretto il quadro normativo conseguente alle modifiche introdotte dalla legge n. 479 del 1999, profondamente incidenti sulla disciplina di tale rito. In particolare, si evidenzia che la richiesta dell'imputato non è più subordinata al consenso del pubblico ministero, previsto dal testo originario dell'art. 438, comma 1, cod. proc. pen., e non è più sottoposta, salvo che nell'ipotesi di cui all'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., al vaglio di ammissibilità da parte del giudice, contemplato dall'art. 440, comma 1, cod. proc. pen., ora abrogato. Ne deriva che l'imputato, ove presenti la relativa richiesta, ha diritto di essere giudicato mediante il rito abbreviato, così da usufruire, in caso di condanna, della riduzione della pena prevista dalla legge. I nuovi meccanismi introduttivi incidono su un altro carattere fondamentale dell'originaria disciplina del giudizio abbreviato, che non è più basato esclusivamente sugli atti raccolti durante le indagini preliminari, ma prevede varie forme di integrazione probatoria, demandate all'iniziativa dell'imputato (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), del pubblico ministero, ammesso alla prova contraria ove l'imputato abbia esercitato la facoltà di chiedere l'integrazione probatoria (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), dello stesso giudice, qualora ritenga di non poter decidere allo stato degli atti (art. 441, comma 5, cod. proc. pen.).

La Corte, orgogliosamente, pone quindi in evidenza come la scelta del legislatore di eliminare la valutazione del giudice sull'ammissibilità del giudizio abbreviato – salvo che nell'ipotesi, sopra menzionata, di cui all'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. – si innesti nel solco della giurisprudenza costituzionale in materia.

Dapprima la Corte – sul presupposto che, in presenza delle condizioni per addivenire al giudizio abbreviato, all'imputato che ne abbia fatto richiesta deve essere riconosciuto il diritto di ottenere la riduzione di un terzo della pena – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina che non prevedeva la motivazione del dissenso del pubblico ministero (sentenze nn. 66 e 183 del 1990, n. 81 del 1991) e il controllo giurisdizionale sull'ordinanza di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato (sentenza n. 23 del 1992); con la conseguenza che in entrambe le ipotesi il giudice del dibattimento, ove ritenesse ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, ovvero non fondato il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari aveva dichiarato il procedimento non definibile allo stato degli atti, applicava egli stesso la riduzione di un terzo della pena.

Strettamente collegato a questi profili di illegittimità costituzionale era il problema dei parametri ai quali avrebbe dovuto attenersi il pubblico ministero nel motivare il proprio dissenso sulla richiesta di giudizio abbreviato. In assenza di una esplicita indicazione legislativa, la Corte ha individuato il parametro della definibilità del procedimento allo stato degli atti, cioè il criterio dettato per la valutazione di ammissibilità del rito operata dal giudice per le indagini preliminari *ex art. 440, comma 1, cod. proc. pen.* (sentenza n. 81 del 1991). E poiché, come ha rilevato la successiva sentenza n. 92 del 1992, era lo stesso pubblico

ministero a decidere quali e quante indagini esperire in vista della richiesta di rinvio a giudizio, ne derivava «l'inaccettabile paradosso» per cui il pubblico ministero poteva legittimamente precludere l'instaurazione del giudizio abbreviato allegando lacune probatorie da lui stesso determinate; di qui l'indicazione, «al fine di ricondurre l'istituto a piena sintonia con i principi costituzionali», di introdurre «un meccanismo di integrazione probatoria» rimesso alle scelte discrezionali del legislatore.

La Corte ha avuto ancora occasione di ritornare sulla disciplina che precludeva la possibilità di integrazione probatoria, ravvisandovi non solo la violazione del diritto di difesa, ma anche una alterazione dei caratteri propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale (v., in particolare, sentenza n. 318 del 1992, nonché sentenze n. 56 del 1993 e n. 442 del 1994).

Raccogliendo i reiterati inviti ad evitare che permanga la più volte constatata distonia dell'istituto con i principi costituzionali (sentenza n. 442 del 1994), tra il ventaglio delle soluzioni possibili la legge n. 479 del 1999 ha operato scelte che si propongono di porre rimedio agli aspetti contraddittori della precedente disciplina, in particolare eliminando sia la valutazione di ammissibilità da parte del giudice (salvo che nell'ipotesi di cui all'art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), sia la necessità del consenso del pubblico ministero. Con riferimento ad entrambe le soluzioni, il legislatore ha evidentemente tenuto presenti le considerazioni svolte dalla Corte circa i profili di incostituzionalità derivanti dall'essere la definibilità allo stato degli atti subordinata alla scelta discrezionale del pubblico ministero di svolgere indagini più o meno approfondite.

L'eliminazione del potere di valutazione del giudice sull'ammissibilità del rito – ora previsto, a norma dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., solo se l'integrazione probatoria richiesta dall'imputato risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento – non determina l'irragionevole diversità di trattamento di situazioni processuali sostanzialmente identiche denunciata dai rimettenti, né, tantomeno, anche ove il giudice disponga d'ufficio *ex art.* 441, comma 5, cod. proc. pen. una integrazione probatoria lunga e complessa, l'irragionevolezza complessiva del giudizio abbreviato.

Al riguardo, ove si debbano compiere valutazioni in termini di economia processuale, il nuovo giudizio abbreviato va posto a raffronto con l'ordinario giudizio dibattimentale, e non con il rito esclusivamente e rigorosamente limitato allo stato degli atti previsto dalla precedente disciplina. Movendosi in quest'ottica, non è neppure producente il confronto tra giudizio abbreviato "puro", accompagnato dalla mera eventualità di integrazione probatoria disposta *ex officio*, e giudizio condizionato dalla richiesta dell'imputato di integrazione probatoria.

Si deve infatti tener presente, da un lato, che sarebbe incostituzionale, come in precedenza già ricordato, fare discendere l'impossibilità di accedere al giudizio abbreviato da lacune probatorie non addebitabili all'imputato; dall'altro che nelle situazioni in cui è oggettivamente necessario procedere ad una anche consistente integrazione probatoria, non importa se chiesta dall'imputato o disposta d'ufficio dal giudice, il giudizio abbreviato si traduce sempre e comunque in una considerevole economia processuale rispetto all'assunzione della prova in dibattimento: chiedendo il giudizio abbreviato e rinunciando, conseguentemente, all'istruzione dibattimentale, l'imputato accetta che gli atti assunti nel corso delle indagini preliminari vengano utilizzati come prova e che gli atti oggetto dell'eventuale integrazione probatoria siano acquisiti mediante le forme previste dall'art. 422,

commi 2, 3 e 4, cod. proc. pen., espressamente richiamate dall'art. 441, comma 6, cod. proc. pen., così da evitare la più onerosa formazione della prova in dibattimento; infine, presta il consenso ad essere giudicato dal giudice monocratico dell'udienza preliminare.

Anche se viene richiesta o disposta una integrazione probatoria, il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario continua dunque ad essere un carattere essenziale del giudizio abbreviato

La Corte ha poi ritenuto prive di fondamento anche le ulteriori censure, sollevate in riferimento agli artt. 3, 27, 101, secondo comma, e 102, primo comma, Cost., che contestavano l'eliminazione della valutazione sull'ammissibilità del rito sotto i diversi profili della violazione dei principi della individualizzazione e della funzione rieducativa della pena, nonché di esclusività dell'esercizio della giurisdizione, con particolare riferimento al potere di autonoma determinazione in concreto della pena, che verrebbe sottoposto ad impropri condizionamenti dalla mera volontà dell'imputato.

Fermo restando l'automatismo della diminuzione di un terzo della pena, secondo il Giudice delle leggi rimane comunque intatto il potere del giudice di determinare la pena base tra il minimo e il massimo edittale e di stabilire la misura della diminuzione o dell'aumento della pena ove siano presenti circostanze attenuanti o aggravanti. Più in generale, la compatibilità tra le facoltà esercitate dalle parti – unilateralmente o previo accordo – in ordine alla scelta del rito ed alla determinazione della pena, e i principi, rispettivamente enunciati dagli artt. 101, secondo comma, e 102, primo comma, Cost., della soggezione del giudice soltanto alla legge e dell'esclusività dell'esercizio della funzione giurisdizionale, risulta costantemente ammessa nelle decisioni con cui questa Corte ha affrontato analoghe questioni di costituzionalità relative ai poteri dispositivi delle parti e alla logica premiale che caratterizzano i procedimenti speciali (v. ad esempio, sentenze nn. 313 e 284 del 1990); né, al riguardo, i rimettenti prospettano argomentazioni che inducano a riprendere in esame queste problematiche alla luce dell'attuale disciplina.

Ancora: la scelta legislativa di non prevedere interventi del pubblico ministero ostativi alla introduzione del giudizio abbreviato va ricollegata alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina relativa al dissenso immotivato del pubblico ministero e alle rilevate distonie dell'istituto con i principi costituzionali, per essere lo stesso pubblico ministero arbitro della "definibilità" del procedimento allo stato degli atti. Da un lato, il potere di veto del pubblico ministero sulla richiesta di giudizio abbreviato riprodurrebbe i profili di illegittimità costituzionale derivanti dal sacrificio del diritto dell'imputato alla riduzione di pena; dall'altro, il principio del contraddittorio tra le parti, enunciato dal secondo comma dell'art. 111 Cost., non è evocabile in relazione a una disciplina che attiene alle forme introduttive del giudizio abbreviato, quale si è venuta delineando, a seguito degli interventi della giurisprudenza costituzionale e delle successive scelte legislative, dall'originario accordo tra le parti alla richiesta dell'imputato, e che si pone come diretta conseguenza della specificità di tale rito.

Inoltre, l'omessa previsione di un potere di iniziativa probatoria del pubblico ministero, analogo a quello attribuito all'imputato che abbia presentato richiesta di giudizio abbreviato (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), non viola l'art. 111, secondo comma, Cost., sotto il profilo del contrasto con il principio della parità tra le parti.

L'attribuzione all'imputato della facoltà di subordinare la richiesta di giudizio abbreviato ad un'integrazione probatoria è coerente con la posizione di tale soggetto processuale, che si trova ad affrontare il rischio di un giudizio (e di una possibile conseguente condanna) basato

sugli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari ed a cui va pertanto riconosciuta la facoltà di chiedere l'acquisizione di nuovi e ulteriori elementi di prova. Diversa é, invece, la posizione del pubblico ministero: tenuto conto del ruolo svolto nelle indagini preliminari, e fermo restando il suo diritto all'ammissione di prova contraria a norma dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., non é irragionevole la scelta legislativa di non riconoscergli il diritto di chiedere l'ammissione di prove a carico dell'imputato solo perché questi ha presentato richiesta di giudizio abbreviato.

Da un lato, il pubblico ministero ha già esercitato il potere e assolto al dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; dall'altro, l'esigenza di completezza delle indagini preliminari (su cui v. sentenza n. 88 del 1991) risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale. Ne deriva che non costituisce irragionevole discriminazione tra le parti la mancata attribuzione all'organo dell'accusa di uno specifico potere di iniziativa probatoria per "controbilanciare" il diritto dell'imputato al giudizio abbreviato.

Infine, la Corte statuisce la manifesta infondatezza della questione relativa all'art. 442, comma 1-bis, cod. proc. pen., nella parte in cui consente l'utilizzazione nel giudizio abbreviato di atti non utilizzabili nel giudizio ordinario. Il fondamento del giudizio abbreviato sta, appunto, nella utilizzazione probatoria – previo consenso dell'imputato, implicito nella richiesta del rito speciale – degli atti legittimamente assunti nel corso delle indagini preliminari: al riguardo, é sufficiente ricordare che l'art. 111, quarto comma, Cost. ha enunciato il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale, ma ha poi espressamente previsto il consenso dell'imputato tra i casi di deroga al principio stesso (quinto comma).

## **4.5. Misure cautelari e libertà personale.**

### ***4.5.1. Presunzione di non colpevolezza e misure cautelari.***

Nell'amplessima produzione della giurisprudenza costituzionale nella materia delle misure cautelari, vanno innanzitutto posti in evidenza i fondamentali principi affermati da una pronuncia che avrà, nel prosieguo, un indubbio valore di guida della successiva elaborazione giurisprudenziale.

Ci si riferisce alla **sentenza n. 64 del 1970**, con la quale la Corte ha posto alcune decisive statuizioni in ordine al principio di presunzione di non colpevolezza quale limite alle restrizioni della libertà personale adottate nel corso del processo penale e, dunque, sulla natura e funzione della carcerazione preventiva.

Oggetto della pronuncia è stata la valutazione della legittimità dell'obbligatorietà del mandato di cattura (art. 253 c.p.p. 1930), collegata al capoverso dell'art. 277 (il quale fa divieto di concedere la libertà provvisoria nei casi in cui è obbligatorio il mandato di cattura) ed all'art. 375, primo capoverso (il quale impone al giudice istruttore di emettere il mandato di

cattura con la sentenza di rinvio a giudizio, quando si tratti di reato per il quale la cattura sia obbligatoria).

Ad avviso del giudice a quo, le norme denunziate contrasterebbero con il principio secondo cui "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva" (art. 27 cpv. Cost.) e violerebbe il precetto (art. 13 cpv. e art. 111 Cost.) che ammette la detenzione, nei casi e modi previsti dalla legge, solo "per atto motivato dell'autorità giudiziaria".

La Corte afferma che, in linea di principio, si deve riconoscere che la detenzione preventiva – esplicitamente prevista (nei limiti che più innanzi saranno precisati) dalla Costituzione (art. 13, ultimo comma) – va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Il rigoroso rispetto di tale garanzia – che vincola, per altro, non il solo legislatore, ma anche le pubbliche autorità (polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice), alle quali sono affidate le attività processuali – 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.

Da questa 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. Se ed in quanto si tratti di una ragionevole valutazione dell'esistenza di un pericolo derivante dalla libertà di chi sia indiziato di particolari reati, il legislatore ha la facoltà di disporre che, entro predeterminati limiti temporali, egli ne sia privato. Ed infatti – a prescindere dalla preferibilità di un sistema che demandi sempre al giudice il potere di valutare di volta in volta se il lasciare in libertà l'imputato determini un pericolo di entità tale da giustificare la cattura e la detenzione – 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.

Mette conto, del resto, rilevare che la stessa Costituzione prevede esplicitamente l'esistenza di casi nei quali la legge rende obbligatoria l'emissione di mandati o ordini di cattura (art. 68, secondo comma): 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.

Né potrebbe assumersi che le esigenze di prevenzione, in relazione alle quali il legislatore può legittimamente imporre al giudice l'emissione del mandato, sussistano solo nel corso della fase istruttoria del processo: anche qui deve affermarsi che rientra nella discrezionale valutazione della legge fissare la concreta disciplina della carcerazione preventiva, non potendosi escludere che le esigenze cautelari da essa soddisfatte permangano dopo la chiusura dell'istruzione.

Quanto fin qui si è detto vale anche a dimostrare che l'obbligatorietà del mandato di cattura non contrasta col principio secondo il quale i provvedimenti restrittivi della libertà personale devono essere adottati "per atto motivato dell'autorità giudiziaria". Richiamandosi

ad un principio già affermato nella sentenza n. 68 del 1967, la Corte ritiene che, se in relazione a cene ipotesi tipiche il legislatore può presumere l'esistenza di un pericolo e rendere obbligatorie misure restrittive idonee a farlo venir meno, ciò necessariamente comporta che la motivazione dell'autorità giudiziaria deve cadere solo sull'esistenza dei presupposti ai quali la legge collega l'emissione obbligatoria del provvedimento.

A tale proposito va rilevato che, per quanto riguarda il mandato di cattura previsto dall'art. 253 c.p.p., il giudice deve non solo verificare che si tratti di uno dei casi in tale disposizione previsti, ma deve altresì accertare, conformemente al principio enunciato dall'art. 252 per tutte le misure di detenzione preventiva (siano esse obbligatorie o facoltative), l'esistenza in concreto di "sufficienti indizi di colpevolezza". Dall'obbligo della motivazione – imposto in via generale dall'art. 111 e specificamente, per la materia ora in esame, dall'art. 13 capoverso della Costituzione – scaturisce che il mandato di cattura deve essere, su tale punto, adeguatamente motivato.

La Corte non dubita che dal sistema, correttamente interpretato, sia da ricavarsi il principio generale in forza del quale tutte le volte in cui la legge affida al giudice il potere di valutare determinate circostanze, al fine della emissione di un provvedimento processuale, tale valutazione debba essere oggetto di motivazione; né la Corte ignora che il secondo comma dell'art. 264 c.p.p. espressamente impone che i mandati di cattura, di arresto o di accompagnamento contengano l'enunciazione, sia pure nei limiti compatibili col segreto istruttorio, dei motivi che ne giustificano l'emissione. Nondimeno, occorre tener conto del fatto che nella prassi e nella giurisprudenza ordinaria tale obbligo viene sostanzialmente eluso e che si è venuta affermando una interpretazione (non conforme ai testi legislativi e, comunque, contrastante con i principi costituzionali) secondo la quale la motivazione sulla sussistenza dei sufficienti indizi di colpevolezza – vale a dire sul presupposto al quale la legge subordina la legittima emissione di un mandato di cattura – dovrebbe obbedire a criteri più o meno rigorosi secondo che si tratti di mandato obbligatorio o facoltativo. Ond'è che, al fine di una effettiva salvaguardia del principio enunciato dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione, si impone la necessità di dichiarare la illegittimità dell'art. 253 c.p.p. nella parte in cui esso non fa obbligo al giudice di motivare sulla esistenza di sufficienti indizi di colpevolezza. (...)

In ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 375, secondo comma, c.p.p., in relazione all'art. 13 della Costituzione, nell'ipotesi in cui sia stato già consumato, in periodo istruttorio o preistruttorio (art. 271 c.p.p.), il termine massimo della carcerazione preventiva quale è prevista dall'art. 272 c.p.p., la questione è fondata nei termini di cui si dirà.

A differenza di altre forme di restrizione della libertà personale, quali le misure di sicurezza detentive, dettate da esigenze diverse da quella tipicamente processuale della custodia preventiva, la Costituzione ha inteso evitare che il sacrificio della libertà che quella comporta sia interamente subordinato alle vicende del procedimento; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che, come questa Corte ha avuto occasione di affermare, costituisce una delle basi della convivenza civile.

È proprio per il periodo successivo alla fase istruttorio, rispetto al quale il sistema non prevede limiti certi per la durata della carcerazione preventiva, che il precetto costituzionale risulta violato; invero, non è limite certo quello che l'Avvocatura desume dal disposto dell'art.

275, secondo comma, c.p.p., cioè quello dell'emanazione della sentenza.

A distanza di circa dieci anni, si registra un ulteriore importante arresto della Corte sul medesimo terreno, con la **sentenza n. 1 del 1980**. Il dubbio di legittimità costituzionale riguardava l'art. 1, terzo comma, della legge 22 maggio 1975, n. 152 nella parte in cui impone(va) al giudice "nel concedere la libertà provvisoria nei casi in cui è consentita", di valutare che non "sussista la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere nuovamente reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività". Secondo il rimettente, da un lato, sarebbe vulnerato il principio di presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. "con il fare assumere alla carcerazione preventiva una funzione a lei non propria, ma propria della pena o meglio della misura di sicurezza"; dall'altro, risulterebbe violato l'art. 13, secondo comma, Cost., "sotto il profilo che l'estrema genericità della dizione della legge al citato art. 1, terzo comma" "non consente, oggettivamente, di emettere motivazioni sul punto controllabili".

Vero è – osserva la Corte con riferimento alla prima delle due censure – 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.

Va considerato, a questo proposito, che presupposto generale della custodia preventiva è l'esistenza, in punto di fatto, di "sufficienti indizi di colpevolezza", e che tale valutazione, dietro l'apparente contrasto con la presunzione di non colpevolezza, è al contrario necessaria a ridurre al minimo il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà dell'imputato si riveli ingiustificato, vulnerando la presunzione di non colpevolezza nel suo contenuto più sostanziale.

Deriva da ciò che 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 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. (...)

Un'incompatibilità con l'art. 27, secondo comma, Cost., adombrata nelle argomentazioni del giudice a quo, è, invece, ravvisabile nel testo dell'art. 1, terzo comma, della legge n. 152 del 1975, là dove usa il termine "nuovamente" a proposito della temuta commissione di reati da parte dell'imputato lasciato libero. Tale locuzione, infatti, farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede, non essendovi nel comma in questione (a differenza che nel comma secondo dello stesso articolo) alcun riferimento a precedenti penali o giudiziari dell'imputato.

Sotto questo profilo risulta vulnerata la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, la quale impedisce – fino alla sentenza definitiva – di considerare l'imputato come

sicuramente responsabile dei reati a lui attribuiti.

D'altra parte – una volta eliminato dal testo legislativo l'avverbio "nuovamente" – non per questo potrà considerarsi affievolito il rapporto che quell'avverbio pur impropriamente voleva indicare, fra la natura e gravità delle imputazioni per cui è disposta la custodia preventiva, e la natura dei reati di cui si teme la probabile commissione ad opera dell'imputato lasciato libero. La prognosi di pericolosità, per il chiaro tenore della disposizione in esame, si fonda anche sulla "gravità del reato" addebitato (sulla scorta, s'intende, di "sufficienti indizi di colpevolezza"); e questo basta a far ritenere che le "esigenze di tutela della collettività" per le quali si richiede il mantenimento della custodia preventiva, debbono essere già toccate dalle situazioni che della custodia preventiva costituiscono il fondamento originario.

#### ***4.5.2. La facoltà del legislatore di individuare i casi in cui può essere adottata in via generale una misura limitativa della libertà personale ed i relativi limiti.***

I profili di discrezionalità del legislatore – con i limiti della ragionevolezza delle scelte in ragione dell'equo bilanciamento dei valori costituzionali che si pongono in rilievo – è stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte: e ciò sia con riferimento alla individuazione delle ipotesi generali in cui può essere adottata una misura limitativa della libertà personale (ancorché generanti “disarmonie” o frutto di “sviste” del legislatore), sia con riguardo al tipo di limitazione (i.e. di misura) che può applicarsi nell'ipotesi normativamente individuata.

Quanto alla prima categoria, a titolo meramente esemplificativo, può ricordarsi la **sentenza n. 188 del 1996**. Con essa, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 381, comma 2, lett. c), cod. proc. pen., in relazione all'art. 207 disp. att. cod. proc. pen., sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui, mentre consentono l'arresto in flagranza per il reato di violenza o minaccia a pubblico ufficiale, non lo consentono per il reato di insubordinazione con violenza.

La Corte, pur riconoscendo la sussistenza di una disarmonia, ha osservato, tuttavia, che la disarmonia non è tale da dar luogo ad una situazione di incostituzionalità.

Non può infatti che essere riservato al legislatore, nella sua esclusiva discrezionalità, stabilire in via tassativa, ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, i casi e i modi in cui possono essere disposte restrizioni della libertà personale, e specificamente i "casi eccezionali di necessità ed urgenza" in cui possono essere adottati provvedimenti restrittivi provvisori al di fuori della riserva di giurisdizione esistente in materia. Tali casi, costituenti altrettante deroghe – costituzionalmente ammesse – alla regola generale dell'inviolabilità della libertà personale, non possono essere estesi con pronunce di questa Corte, per ragioni analoghe a quelle che impediscono la introduzione, per via di pronunce di incostituzionalità, di nuove ipotesi di reati o di pene (v. da ultimo sentenza n. 411 del 1995).

Il reato militare di insubordinazione con violenza previsto dall'art. 186 cod. pen. mil. di pace può ben essere considerato di gravità equiparabile a quella del reato comune di violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale previsto dall'art. 336, secondo comma, cod. pen., anche se si tratta di fattispecie diverse per alcuni degli elementi costitutivi.(...) Ma resta il fatto che solo il legislatore può compiere l'apprezzamento necessario per includere eventualmente tale reato militare fra quelli per i quali è consentito l'arresto in flagranza fuori dalle condizioni

generali stabilite dall'art. 381, primo comma, cod. proc. pen.

Anche nella **ordinanza n. 137 del 2003**, la Corte – nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede, fra i casi nei quali può essere adottata la misura della custodia cautelare, l'ipotesi di cui all'art. 380, comma 2, lettera e–bis, del codice di procedura penale – ha evidenziato come la situazione normativa denunciata dal remittente, pur se possa essere frutto di una svista del legislatore, rispecchia una scelta legislativa di cui non è dato di riscontrare il contrasto con norme costituzionali dalle quali si possa desumere la necessità di prevedere l'adozione della misura custodiale; né essa può dirsi manifestamente irragionevole, anche in rapporto alle diverse situazioni impropriamente invocate come '*tertia comparationis*'

#### ***4.5.3. La facoltà del legislatore di individuare in via generale il tipo di misura cautelare necessaria ed i relativi limiti.***

Ripetute sono anche le affermazioni del principio secondo cui è facoltà del legislatore l'individuazione, in via generale, del tipo di misura cautelare necessaria e dei relativi limiti, nel rispetto del canone della ragionevolezza.

Nella **ordinanza n. 40 del 2002**, la Corte ha, ad esempio, dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 276, comma 1–ter, del codice di procedura penale, che impone al giudice di revocare la misura degli arresti domiciliari e di sostituirla con la custodia cautelare in carcere in caso di trasgressione alle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione.

La Corte ha chiarito che, da un lato, non può essere ravvisato nella prevista sostituzione un trattamento privo di giustificazione, rispetto ad altre misure cautelari che non prevedono l'obbligo, ma, soltanto, la facoltà per il giudice di disporre la sostituzione con altra più grave misura, in quanto la misura coercitiva degli arresti domiciliari non può essere assimilata nella disciplina ad altre misure cautelari personali che non incidono sulla "libertà" del sottoposto. Dall'altro lato, lungi dall'assolvere a finalità sanzionatorie, estranee alle misure di custodia preventiva, la norma censurata integra, non irragionevolmente, un caso di presunzione di inadeguatezza degli arresti domiciliari, quando la misura si riveli insufficiente allo scopo, per la trasgressione al suo contenuto essenziale; il che non priva, tuttavia, il giudice del potere di apprezzare, in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, la trasgressione in concreto realizzata al fine di verificare quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione assunta dalla norma a presupposto della sostituzione. Infatti, mentre la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (*l'an* della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento – di volta in volta – della loro effettiva ricorrenza, non può invece ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto rilevata come necessaria (il *quomodo* della cautela), ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti.

Analogamente, nella **ordinanza n. 130 del 2003**, la Corte – nel dichiarare la manifesta

infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 284, comma 5–bis, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 13 e 32 della Costituzione, nella parte in cui preclude il ricorso alla misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti dell'imputato che sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti il fatto per il quale si procede – ha evidenziato che non può ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto ritenuta necessaria, ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, né si può disconoscere al legislatore la facoltà di vincolare, con scelte non irragionevoli, il potere in concreto del giudice di adottare una specifica misura cautelare, fra quelle previste dalla legge.

#### ***4.5.4. La presunzione di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ante riforma del 2009***

Il delicato crinale della compatibilità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura custodiale carceraria è stato più volte percorso dalla giurisprudenza costituzionale, tanto con riferimento al codice di rito del 1930, quanto con riguardo a quello attualmente vigente.

Limitandosi alla documentazione relativa a quest'ultimo – peraltro in maniera assai sintetica – viene in rilievo l'**ordinanza n. 450 del 1995**. Nella circostanza, la norma impugnata è stata l'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale (nel testo all'epoca vigente), la quale, tra l'altro, per taluni delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso (ex art. 7 del decreto–legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203), stabilisce una presunzione legale di adeguatezza della sola misura coercitiva carceraria. La disciplina è stata, per un primo profilo, censurata di irragionevolezza, in quanto, derogando al principio di adeguatezza espresso nella prima parte della disposizione impugnata e imponendo una misura più afflittiva in tutti i casi previsti dalla medesima disposizione, si porrebbe in contrasto con l'esigenza di disporre la custodia carceraria solo come *extrema ratio*. Sempre in relazione al profilo di asserita irragionevolezza, la norma è stata poi censurata in quanto sottrae al giudice il potere di adeguare la misura al caso concreto, pur affidando, incoerentemente, al medesimo giudice il compito di apprezzare appieno l'esistenza stessa delle esigenze cautelari.

La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ha osservato che la previsione "legale" di adeguatezza della sola misura in argomento, per certi reati di spiccata gravità indicati nella norma impugnata, non può in primo luogo dirsi incoerente sul piano del raffronto con il potere affidato al giudice di valutare l'esistenza delle esigenze cautelari: un raffronto, istituito dal giudice a quo, fra elementi del tutto disomogenei, giacché la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta; mentre la scelta del tipo di misura (il *quomodo* di una cautela, in concreto rilevata come necessaria) non impone, *ex se*, l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti. Del

resto, sempre per questo profilo la sovrapposizione argomentativa, da parte del rimettente, di elementi eterogenei e perciò inadeguati a sorreggere la censura è rivelata dalla qualificazione della statuizione che impone la misura coercitiva in carcere come " ..presunzione *iuris tantum* superabile solo con la prova positiva dell'insussistenza delle esigenze cautelari ..". Diversamente, ciò che è presunto fino a prova contraria è il presupposto (di sussistenza delle esigenze cautelari) e non anche la scelta della misura che ne consegue. Inoltre, si deve 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 (sentt. n. 1 del 1980; n. 64 del 1970). La delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (delimitazione mantenuta nella recente novella) rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato (sentt. n. 103 del 1993; n. 407 del 1992) e, quindi, la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (salvi, ovviamente, gli istituti specificamente disposti a salvaguardia di peculiari situazioni soggettive, quali l'età, la salute e così via) non risulta in contrasto con il parametro dell'art. 3 della Costituzione, non potendosi ritenere soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice la determinazione dell'accennato punto di equilibrio e contemperamento tra il sacrificio della libertà personale e gli antagonisti interessi collettivi, anch'essi di rilievo costituzionale. Inoltre, la censura di disparità di trattamento, per l'eguale "risposta cautelare" a fronte di ipotesi delittuose tra loro diverse non può trovare accoglimento una volta che si consideri il comune denominatore di quei reati, ciò che costituisce la ragione fondante della scelta del legislatore, vale a dire l'individuazione di un'area di reati che, per comune sentire, pone a rischio, come si è già osservato, beni primari individuali e collettivi (secondo una linea già scrutinata da questa Corte: sent. n. 1 del 1980 citata).

#### ***4.5.5. La presunzione assoluta - anziché soltanto relativa - di adeguatezza della sola custodia in carcere ex art. 275, comma 3, c.p.p. dopo la novella del 2009***

Un recente indirizzo della giurisprudenza costituzionale ha scrutinato la compatibilità costituzionale l'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38. E' noto come, con tale intervento normativo, il legislatore abbia ampliato la platea dei reati per i quali vige la c.d. presunzione assoluta in ordine alla misura cautelare della custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

Volendo sintetizzare immediatamente i risultati, ad oggi, di tale complessivo intervento giurisprudenziale, la Corte, nelle **sentenze n. 265 del 2010, n. 164 del 2011 e n. 231 del 2011**, ha ricordato che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a

base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010)». Sotto tale profitto, né ai delitti a sfondo sessuale (**sentenza n. 265 del 2010**) né al delitto di omicidio volontario (**sentenza n. 164 del 2011**), né al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, previsto dall'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (**sentenza n. 231 del 2011**). poteva estendersi la *ratio* giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia: ossia che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Per economia della presente documentazione, si ritiene opportuno riportare i contenuti solo della prima di tali pronunce, la **sentenza n. 265 del 2010**, con la quale la Corte, inaugurando l'indirizzo giurisprudenziale in esame, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma citata nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600–*bis*, primo comma, 609–*bis* e 609–*quater* cod. pen., è applicata la custodia cautelare in carcere, – 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.

La Corte, ricostruendo il quadro normativo, evidenzia come la disposizione oggetto di scrutinio trovi collocazione nell'ambito della disciplina codicistica delle misure cautelari personali, in particolare di quelle coercitive (artt. 272–286–*bis*), tutte consistenti nella privazione – in varie qualità, modalità e tempi – della libertà personale dell'indagato o dell'imputato durante il procedimento e prima comunque del giudizio definitivo sulla sua responsabilità.

In ragione di questi caratteri, i limiti di legittimità costituzionale di dette misure, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), sono espressi – oltre che dalla riserva di legge, che esige la tipizzazione dei casi e dei modi, nonché dei tempi di limitazione di tale libertà, e dalla riserva di giurisdizione, che esige sempre un atto motivato del giudice (art. 13, secondo e quinto comma, Cost.) – anche e soprattutto, per quanto qui rileva, dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

L'antinomia tra tale presunzione e l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione *ante iudicium* (art. 13, quinto comma) è, in effetti, solo apparente: giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda. Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla

coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano.

Da ciò consegue – come questa Corte ebbe a rilevare sin dalla sentenza n. 64 del 1970 – che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto “vuoto dei fini”). Il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella tipizzazione dei casi e dei modi di privazione della libertà, ad individuare – soprattutto all'interno del procedimento e talora anche all'esterno (sentenza n. 1 del 1980) – esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena e che debbano essere soddisfatte – entro tempi predeterminati (art. 13, quinto comma, Cost.) – durante il corso del procedimento stesso, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva.

Ulteriore indefettibile corollario dei principi costituzionali di riferimento è che la disciplina della materia debba essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario” (sentenza n. 299 del 2005): la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto.

Sul versante della “qualità” delle misure, ne consegue che il ricorso alle forme di restrizione più intense – e particolarmente a quella “massima” della custodia carceraria – deve ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, non possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività. Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva «deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti» (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio).

Il criterio del “minore sacrificio necessario” impegna, dunque, in linea di massima, il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare meccanismi “individualizzati” di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete.

Il complesso di indicazioni costituzionali dianzi evidenziate trova puntuale eco nella disciplina dettata dal codice di procedura penale, in attuazione della direttiva n. 59 della legge di delegazione 16 febbraio 1987, n. 81.

Nella cornice di tale disciplina, la gravità in astratto dei reati oggetto del procedimento rileva, difatti – in linea di principio – solo come limite generale di applicazione delle misure cautelari (art. 280, commi 1 e 2, cod. proc. pen.) o come quantum del limite temporale massimo di durata (ai fini della cosiddetta scarcerazione automatica: art. 303 cod. proc. pen.), non come criterio di scelta sul “se” e sulla “specie” della misura.

Un giudizio di gravità può essere legittimato, in determinate prospettive, solo sul fatto concreto oggetto del procedimento (ad esempio, artt. 274, comma 1, lettera c, e 275, comma 2, cod. proc. pen.) e in via generale è richiesto, come condizione di applicazione delle misure, sugli indizi a carico: è la cosiddetta gravità indiziaria prevista dall'art. 273, comma 1, dello stesso codice.

Si tratta, peraltro, di condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo la gravità indiziaria sempre accompagnarsi ad esigenze cautelari, specificamente individuate dalla legge, legate alla tutela dell'acquisizione o della genuinità della prova, al pericolo di fuga dell'imputato ovvero al rischio di commissione di gravi reati o di reati della stessa specie di quello per cui si procede (art. 274 cod. proc. pen.).

In accordo con il modello sopra indicato, viene altresì tipizzato un “ventaglio” di misure, di gravità crescente in relazione all'incidenza sulla libertà personale: divieto di espatrio (art. 281), obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282), allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis), divieto e obbligo di dimora (variamente modulabile quanto ai tempi e ai limiti territoriali: art. 283), arresti domiciliari (variamente modulabili anche in luoghi diversi dall'abitazione propria del soggetto, vale a dire in altri luoghi privati o in luoghi pubblici di cura o di assistenza: art. 284), custodia cautelare in carcere (art. 285).

Di particolare rilievo, ai presenti fini, sono poi i criteri di scelta delle misure nel novero di quelle tipizzate. Il primo e fondamentale è quello di adeguatezza (art. 275, comma 1), secondo il quale, «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto». A questo precetto fa riscontro uno specifico obbligo di motivazione sul punto, sancito a pena di nullità (art. 292, comma 2, lettera c, cod. proc. pen.).

È di tutta evidenza come proprio nel criterio di adeguatezza, correlato alla “gamma” graduata delle misure, trovi espressione il principio – implicato dal quadro costituzionale di riferimento – del “minore sacrificio necessario”: entro il “ventaglio” delle alternative prefigurate dalla legge, il giudice deve infatti prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale.

A completamento e specificazione del criterio in parola è, poi, previsto che la più gravosa delle misure cautelari personali coercitive, vale a dire la custodia cautelare carceraria, «può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» (art. 275, comma 3, primo periodo, cod. proc. pen.). Su ciò il giudice che la applica è tenuto a dare, a pena di nullità, una motivazione appropriata, mediante «l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure» (art. 292, comma 2, lettera c-bis, cod. proc. pen.). Si tratta della natura cosiddetta residuale–eccezionale, o di *extrema ratio*, di questa misura.

È inoltre enunciato il criterio di proporzionalità, secondo il quale «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275, comma 2, cod. proc. pen.).

Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena “individualizzazione” della coercizione cautelare.

Da tali coordinate si discosta in modo vistoso – assumendo, con ciò, carattere derogatorio ed eccezionale – la disciplina attualmente espressa dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen., non presente nel testo originario del codice, ma in esso inserita via via, con lo strumento della decretazione d'urgenza, in un primo tempo

tramite l'aggiunta del solo secondo periodo al citato art. 275, comma 3, sulla spinta di una situazione apprezzata come "emergenziale", legata segnatamente alla rilevata recrudescenza del fenomeno della criminalità mafiosa e di altri gravi o gravissimi reati (art. 5, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa», convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e art. 1, comma 1, del decreto-legge 9 settembre 1991, n. 292, recante «Disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimenti di ufficio di magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti», convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 1991, n. 356); successivamente (attraverso l'art. 5 della legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa») con un contenimento di questa speciale disciplina, mediante una drastica riduzione dei reati a essa assoggettati a quelli di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero commessi avvalendosi delle condizioni previste da detto articolo o per agevolare le associazioni ivi indicate; infine, nuovamente e notevolmente ampliando il novero dei reati stessi, con le addizioni recate al vigente secondo periodo e con quelle ulteriori incluse nel nuovo terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 (mediante gli interventi parimenti emergenziali dell'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38).

In base alla disciplina in questione, nei procedimenti per taluni delitti, analiticamente elencati, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della misura cautelare della custodia carceraria, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Per comune opinione, la previsione ora ricordata racchiude una duplice presunzione. La prima, a carattere relativo, attiene alle esigenze cautelari, che il giudice deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza (prova di tipo negativo, dunque, che deve necessariamente proiettarsi su ciascuna delle fattispecie identificate dall'art. 274 cod. proc. pen.). La seconda, a carattere assoluto, concerne la scelta della misura: ove la presunzione relativa non risulti vinta, subentra un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato.

Il modello ora evidenziato si traduce, sul piano pratico, in una marcata attenuazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi della custodia cautelare in carcere. Secondo un indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, difatti, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati considerati, il giudice assolve il suddetto obbligo dando semplicemente atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, senza dovere specificamente motivare sul punto; mentre solo nel caso in cui l'indagato o la sua difesa abbiano allegato elementi di segno contrario, egli sarà tenuto a giustificare la ritenuta inidoneità degli stessi a superare la presunzione. Non vi sarà luogo, in ogni caso, ad esporre quanto ordinariamente richiesto dalla seconda parte delle lettere c) e c-bis) dell'art. 292, comma 2, cod. proc. pen., rimanendo irrilevante, a fronte dell'apprezzamento legale, l'eventuale convinzione del giudice che le esigenze cautelari possano essere concretamente soddisfatte tramite una misura cautelare meno incisiva di quella

“massima”.

Tali marcati profili di scostamento rispetto al regime ordinario avevano indotto il legislatore – nell’ambito di un più generale disegno di recupero delle garanzie in materia di misure cautelari – a delimitare in senso restrittivo il campo di applicazione della disciplina derogatoria, costituente un vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale. Riferito, ai suoi esordi, ad una nutrita e disparata serie di figure criminose, il regime speciale era stato infatti circoscritto – a partire dal 1995, come dianzi ricordato – ai soli procedimenti per delitti di mafia in senso stretto (art. 5, comma 1, della citata legge n. 332 del 1995).

In tali limiti, la previsione aveva superato il vaglio tanto di questa Corte che della Corte europea dei diritti dell’uomo. Entrambe le Corti avevano, infatti, in vario modo valorizzato la specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto comunque collegati) valeva a rendere «ragionevoli» – nei relativi procedimenti – le presunzioni in questione, e segnatamente quella di adeguatezza della sola custodia carceraria, trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione.

In particolare, con l’ordinanza n. 450 del 1995, questa Corte aveva escluso che la presunzione in parola violasse gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., rilevando che se la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari («l’ *an* della cautela») non può prescindere da un accertamento in concreto, l’individuazione della misura da applicare («il *quomodo*») non comporta indefettibilmente l’affidamento al giudice di analogo potere di apprezzamento, potendo la scelta essere effettuata anche in termini generali dal legislatore, purché «nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti» (in senso analogo, sul punto, ordinanze n. 130 del 2003 e n. 40 del 2002). Nella specie, deponeva nel senso della ragionevolezza della soluzione adottata «la delimitazione della norma all’area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso», tenuto conto del «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato».

A sua volta, la Corte di Strasburgo – pronunciando su un ricorso volto a denunciare l’irragionevole durata della custodia cautelare in carcere applicata ad un indagato per il delitto di cui all’art. 416-bis cod. pen. e la conseguente violazione dell’art. 5, paragrafo 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo – non aveva mancato di rilevare come una presunzione quale quella prevista dall’art. 275, comma 3, cod. proc. pen. potesse, in effetti, «impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto» e, dunque, «apparire eccessivamente rigida». Nondimeno, secondo la Corte europea, la disciplina in esame rimaneva giustificabile alla luce «della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», e segnatamente in considerazione del fatto che la carcerazione provvisoria delle persone accusate del delitto in questione «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti» (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

È su questo quadro che si innesta l’ulteriore intervento novellistico che dà origine agli odierni quesiti di costituzionalità, operato con il decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009.

Compiendo un “salto di qualità” a ritroso, rispetto alla novella del 1995, l’art. 2, comma 1, lettere a) e a-bis), del citato provvedimento d’urgenza riespande l’ambito di applicazione della disciplina eccezionale ai procedimenti aventi ad oggetto numerosi altri reati, individuati in parte mediante diretto richiamo agli articoli di legge che descrivono le relative fattispecie e per il resto tramite rinvio “mediato” alle norme processuali di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen.; reati tra i quali si annoverano quelli considerati dalle ordinanze di remissione, e cioè l’induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, primo comma, cod. pen.); la violenza sessuale (art. 609-bis cod. pen.), salvo che ricorra l’attenuante di cui al terzo comma («casi di minore gravità»); gli atti sessuali con minorenni (art. 609-quater cod. pen.), salvo che ricorra l’attenuante di cui al quarto comma («casi di minore gravità»).

È agevole constatare come le estensioni operate – successivamente implementate da modifiche legislative che non hanno interessato direttamente la norma impugnata (ad esempio, art. 12, comma 4-bis, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante il «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», aggiunto dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica») – riguardino fattispecie penali in larga misura eterogenee fra loro (fatta eccezione per i delitti “a sfondo sessuale”), e cioè poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti (si pensi all’omicidio volontario, al sequestro di persona a scopo di estorsione, all’associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione) e accomunate unicamente dall’essere i relativi procedimenti assoggettati al regime cautelare speciale in questione.

Tutte le ordinanze di remissione censurano la norma impugnata limitatamente al fatto che non consente di applicare una misura cautelare meno afflittiva nei procedimenti *a quibus*, aventi ad oggetto i delitti sessuali dianzi citati. È, dunque, sottoposta allo scrutinio di costituzionalità esclusivamente la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare carceraria, mentre resta fuori del devoluto la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari: dandosi per scontata questa sussistenza, ciò che rileva, secondo i rimettenti, e determina l’illegittimità costituzionale è la lesione del principio del “minore sacrificio necessario”.

La lesione denunciata è effettivamente riscontrabile.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*». In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Per questo verso, alle figure criminose che interessano non può estendersi la ratio già ritenuta, sia dalla Corte che dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, idonea a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto: vale a dire che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l’appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un’adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel

territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l’indiziato e l’ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Con riguardo ai delitti sessuali in considerazione non è consentito pervenire ad analoga conclusione. La regola di esperienza, in questo caso, è ben diversa: ed è che i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione (pur a prescindere dalle ipotesi attenuate e considerando quelle ordinarie) non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure.

Per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura.

Altrettanto può dirsi per quei fatti che si manifestano all’interno di specifici contesti (ad esempio, quello familiare o scolastico o di particolari comunità), in relazione ai quali le esigenze cautelari possono trovare risposta in misure diverse dalla custodia carceraria e che già il legislatore ha previsto, proprio in via specifica, costituite dall’esclusione coatta in vario modo e misura dal contesto medesimo: gli arresti domiciliari in luogo diverso dalla abitazione del soggetto (art. 284 cod. proc. pen.), eventualmente accompagnati anche da particolari strumenti di controllo (quale il cosiddetto braccialetto elettronico: art. 275–bis), l’obbligo o il divieto di dimora o anche solo di accesso in determinati luoghi (art. 283), l’allontanamento dalla casa familiare (art. 282–bis, ove al comma 6 sono specificamente evocati anche i casi in cui si proceda per taluno dei delitti a sfondo sessuale qui in esame).

A riprova conclusiva della molteplicità e varietà dei fatti punibili per i titoli in esame si può notare che il delitto di violenza sessuale (art. 609–bis cod. pen.) già in astratto comprende – pur tenendo conto della sottrazione al regime cautelare speciale delle ipotesi attenuate – condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto, quali quelle corrispondenti alle previgenti fattispecie criminose della violenza carnale e degli atti di libidine violenti. Ciò rende anche più debole la “base statistica” della presunzione assoluta considerata.

La ragionevolezza della soluzione normativa scrutinata non potrebbe essere rinvenuta neppure, per altro verso, nella gravità astratta del reato, considerata sia in rapporto alla misura della pena, sia – come mostra invece di ritenere l’Avvocatura generale dello Stato – in rapporto alla natura (e, in particolare, all’elevato rango) dell’interesse tutelato. Questi parametri giocano un ruolo di rilievo, ma neppure esaustivo, in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente per la determinazione della sanzione, ma risultano, di per sé, inidonei a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e – per quanto qui rileva – del loro grado, che condiziona l’identificazione delle misure idonee a soddisfarle.

D’altra parte, l’interesse tutelato penalmente è, nella generalità dei casi, un interesse primario, dotato di diretto o indiretto aggancio costituzionale, invocando il quale si potrebbe allargare indefinitamente il novero dei reati sottratti in modo assoluto al principio di adeguatezza, fino a travolgere la valenza di quest’ultimo facendo leva sull’incensurabilità

della discrezionalità legislativa.

Ove dovesse aversi riguardo, poi, alla misura edittale della pena, la scelta del legislatore non potrebbe che apparire palesemente scompensata e arbitraria. Procedimenti relativi a gravissimi delitti – puniti con pene più severe di quelli che qui vengono in rilievo (taluni addirittura con l’ergastolo) – restano, infatti, sottratti al regime cautelare speciale: basti pensare alla strage (art. 422 cod. pen.), alla devastazione o saccheggio (art. 419 cod. pen.), alla rapina e all’estorsione aggravate (artt. 628, terzo comma, e 629, secondo comma, cod. pen.), alla produzione, traffico e detenzione illeciti di stupefacenti, anche con riguardo all’ipotesi aggravata di cessione a minorenni (artt. 73 e 80, comma 1, lettera a, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

Tanto meno, infine, la presunzione in esame potrebbe rinvenire la sua fonte di legittimazione nell’esigenza di contrastare situazioni causa di allarme sociale, determinate dalla asserita crescita numerica di taluni delitti.

Proprio questa, per contro, è la convinzione che traspare dai lavori parlamentari relativi alla novella del 2009 e che ha portato ad attribuire carattere “emergenziale” all’esigenza di precludere l’applicazione di misure cautelari “attenuate” nei confronti degli indiziati di delitti di tipo sessuale.

La norma oggetto di scrutinio si colloca, infatti, nel corpo delle disposizioni – racchiuse nel capo I del decreto–legge n. 11 del 2009 – volte ad un generale inasprimento del regime cautelare, repressivo e penitenziario dei delitti in questione: inasprimento che, nell’idea dei compilatori, rappresenterebbe la necessaria risposta alla preoccupazione diffusasi nell’opinione pubblica, di fronte alla – percepita – ingravescenza di tale deplorabile forma di criminalità (esplicita, al riguardo, la relazione al disegno di legge di conversione A.C. 2232).

La eliminazione o riduzione dell’allarme sociale cagionato dal reato del quale l’imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione. La funzione di rimuovere l’allarme sociale cagionato dal reato (e meglio che allarme sociale si direbbe qui pericolo sociale e danno sociale) è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l’allarme e la reazione della società.

Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell’acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all’esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza.

Nella specie, per converso, la totale vanificazione del principio di adeguatezza, in difetto di una *ratio* correlata alla struttura delle fattispecie criminose di riferimento, cumulandosi alla presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, orienta chiaramente lo “statuto custodiale” – in conformità alle evidenziate risultanze dei lavori parlamentari – verso finalità “metacautelari”, che nel disegno costituzionale devono essere riservate esclusivamente alla sanzione penale inflitta all’esito di un giudizio definitivo di responsabilità.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve dunque concludere che la norma impugnata viola, in parte qua, sia l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; sia l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute.

Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario", anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti a quibus, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.

La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario – non eccede, per contro, i limiti di compatibilità con i parametri evocati, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (per una conclusione analoga, con riguardo alla fattispecie da essa esaminata, sentenza n. 139 del 2010). In tale modo, si evita comunque l'irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso e si lascia spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti.

I reati in questione restano assoggettati ad un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa – e quindi superabile – della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento.

L'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen. va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, 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.

#### ***4.5.6. Sui limiti massimi della custodia cautelare.***

Con la **sentenza n. 299 del 2005**, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente di computare, ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, comma 6, dello stesso

codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito.

Le ordinanze di rimessione, sia pure rivolgende le censure di costituzionalità a norme diverse (rispettivamente, gli artt. 304, comma 6, e 303, comma 2, cod. proc. pen.), convergono – secondo la Corte – nel denunciare la disciplina che non consente di computare, ai fini del calcolo dei termini massimi di fase previsti dall'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o gradi diversi rispetto alla fase o al grado in cui il procedimento regredisce. Tale disciplina è contenuta nell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen., e a questa norma vanno appunto riferite le questioni sollevate dai rimettenti

Prima di esaminare il merito delle questioni, la Corte ha compiuto un lungo *excursus* relativo all'attuale sistema dei termini massimi della custodia cautelare. L'impianto di quest'ultimo, che risale ad una riforma del 1984, antecedente all'emanazione del codice di procedura penale del 1988, è, per sommi capi, articolato in:

- termini di fase, di durata variabile in funzione della gravità della pena prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza e della fase in cui si trova il procedimento, stabiliti dall'art. 303, comma 1, cod. proc. pen.;

- termini complessivi, riferiti all'intera durata del procedimento, comprensivi delle ipotesi di proroga di cui all'art. 305 cod. proc. pen., anch'essi variabili in funzione della gravità della pena prevista per il reato, disciplinati dall'art. 303, comma 4, cod. proc. pen.;

- termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile (c.d. massimo dei massimi) anche ove si verificano ipotesi di sospensione, proroga o neutralizzazione del decorso dei termini di custodia cautelare. Originariamente previsti dal comma 4 dell'art. 304 cod. proc. pen. in misura non superiore ai due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, tali termini sono ora disciplinati dal comma 6, con riferimento ai termini complessivi contemplati dall'art. 303, comma 4, aumentati della metà, ovvero, se più favorevoli, nella misura dei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza;

- termini finali di fase, contemplati per la prima volta dal comma 6 dell'art. 304 cod. proc. pen. a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 332 del 1995, in funzione di limiti massimi insuperabili per ciascuna fase, nella misura massima del doppio dei termini di fase previsti dall'art. 303, comma 1, cod. proc. pen., e operanti, per l'espresso richiamo all'art. 303, comma 2, cod. proc. pen., anche in caso di regressione del procedimento o di rinvio ad altro giudice (in tal senso v. sentenza n. 292 del 1998).

La legge n. 332 del 1995 ha dunque introdotto nuove garanzie prevedendo, in relazione alla durata sia dei termini complessivi, sia dei termini di fase, dei limiti 'finali' insuperabili, destinati ad operare anche nelle ipotesi di sospensione, proroga e neutralizzazione dei termini di durata della custodia cautelare.

Entrata in vigore la riforma del 1995, la potenziale interferenza tra la natura invalicabile dei termini finali, posti dal comma 6 dell'art. 304 cod. proc. pen. anche con riferimento ai termini di fase, e la decorrenza *ex novo* dei termini di fase in caso di regressione prevista dall'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. è stata per la prima volta presa in esame dalla sentenza n. 292 del 1998.

In tale decisione la Corte ha affermato che «l'unica soluzione ermeneutica enucleabile dal sistema e che si appalesa in linea con i valori della Carta fondamentale» è quella secondo

cui «il superamento di un periodo di custodia pari al doppio del termine stabilito per la fase presa in considerazione, determina la perdita di efficacia della custodia, anche se quei termini sono stati sospesi, prorogati o [...] sono cominciati a decorrere nuovamente a seguito della regressione del processo». Questa interpretazione – prosegue la Corte – «è d'altra parte aderente alla *ratio* di *favor* che ha ispirato il legislatore del 1995, ad un effettivo recupero della scelta di introdurre uno sbarramento finale ragguagliato anche alla durata dei termini di fase *comunque* modulata, e, infine, alla stessa logica dell'art. 13 della Carta fondamentale, la quale impone di individuare, fra più interpretazioni, quella che riduca al minimo il sacrificio della libertà personale».

Alla base della decisione della Corte sta il collegamento della disciplina dei termini di durata della custodia cautelare al principio costituzionale di proporzionalità, cui si ispira anche il nuovo termine finale di fase, che individua «il limite estremo, superato il quale il permanere dello stato coercitivo si presuppone essere 'sproporzionato', in quanto eccedente gli stessi limiti di tollerabilità del sistema».

La formulazione letterale dell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen. dimostra d'altronde, mediante il ricorso all'avverbio «comunque», che i limiti massimi insuperabili vanno riferiti «anche ai fenomeni che comunque possono interferire con la disciplina dei termini di fase [...], specie quando, come nel caso in esame, la soluzione ermeneutica si appalesi come l'unica conforme a Costituzione». Il carattere di chiusura del comma 6 è d'altra parte comprovato dal richiamo non solo al comma 1 dell'art. 303 cod. proc. pen., ove viene definita la durata dei termini di fase, ma anche al comma 2, che riguarda appunto il caso della regressione, rendendo evidente che il limite insuperabile del doppio dei termini di fase opera anche in tale ipotesi.

Tali conclusioni sono ribadite dalla successiva ordinanza di manifesta infondatezza n. 429 del 1999, con la quale la Corte riafferma che il «valore assoluto e non condizionato» della norma impone di ritenere, «come soluzione ermeneutica costituzionalmente obbligata», che il limite costituito da «un periodo di custodia pari al doppio del termine stabilito per la fase presa in considerazione» opera anche quando i termini sono incominciati nuovamente a decorrere a seguito della regressione del processo.

A seguito della soluzione interpretativa indicata, a partire dal 2000 le sezioni unite della Cassazione sono intervenute a dirimere contrasti tra le sezioni semplici. Alcune sezioni, infatti, hanno affermato che, ai fini del computo del termine finale pari al doppio del termine di fase, devono essere considerati anche i periodi di custodia sofferti in fasi o gradi diversi rispetto a quelli in cui il procedimento regredisce, mentre altre hanno ritenuto che al medesimo fine devono essere calcolati soltanto i periodi di custodia patiti durante le fasi omogenee, e non anche nelle fasi intermedie.

Nella decisione n. 4 del 2000 le sezioni unite premettono che «il reale problema consiste nello stabilire se [...] debbano cumularsi indiscriminatamente alla durata della custodia nella fase o nel grado aperto dal provvedimento di annullamento o di regressione quella relativa a tutte le fasi o gradi pregressi oppure soltanto la durata della custodia sofferta nella fase o grado al quale il processo è tornato». Secondo le sezioni unite, «nell'assoluto silenzio della motivazione» della sentenza n. 292 del 1998 della Corte costituzionale sul punto, il computo dei periodi di custodia sofferti in tutte le fasi intermedie significherebbe, «nella sostanza, far perdere a quel limite il carattere rigorosamente endofasico o monofasico, che normativamente lo tipicizza, e creare un nuovo termine finale plurifasico, estraneo alle previsioni degli artt.

303 e 304, comma 6, cod. proc. pen., alterando, per tale via, le linee essenziali della disciplina dettata dal codice, che non conosce altra distinzione che quella tra termini di fase e termine complessivo. Resta con ciò confermato che l'eliminazione della frattura e della separatezza della fase successiva all'annullamento [...] non può avere altro effetto che quello di permettere il collegamento della predetta fase con quella precedente nella quale è stato pronunciato il provvedimento annullato e, così, di rendere possibile l'unificazione della durata della custodia cautelare sofferta nei due segmenti processuali, avvinti da una relazione di corrispondenza e di omogeneità per la ragione che il primo può considerarsi come ripristino del secondo».

Con due successive ordinanze la Corte costituzionale ribadisce che, «in forza del valore espresso dall'art. 13 della Costituzione» e dell'uso dell'avverbio «comunque» nell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., l'interpretazione sinora seguita «deve essere ritenuta costituzionalmente obbligata» (ordinanza n. 214 del 2000) e che è quindi erroneo (ordinanza n. 529 del 2000) il presupposto interpretativo che «ai fini del termine massimo di cui all'art. 304, comma 6, vadano calcolati soltanto i periodi di custodia cautelare subiti dall'imputato in fasi omogenee».

Nell'ordinanza n. 529 del 2000 la Corte precisa che, contrariamente a quanto ritenuto dalla stessa Corte di cassazione a sezioni unite, la sentenza n. 292 del 1998 si riferisce, come risulta chiaramente dalla esposizione in fatto, a un «imputato che aveva visto regredire il suo procedimento e aveva subito custodia cautelare in fasi non omogenee, e proprio in ragione di ciò la relativa questione era stata ritenuta rilevante e decisa nel merito mediante una soluzione interpretativa coerente con i principî di proporzionalità della pena e di inviolabilità della libertà personale». Pertanto, «una volta stabilito che l'art. 13 Cost. impone di 'individuare il limite estremo, superato il quale il permanere dello stato coercitivo si presuppone essere sproporzionato in quanto eccedente gli stessi limiti di tollerabilità del sistema' (sentenza n. 292 del 1998), non vi è luogo ad introdurre distinzioni riferite alle ragioni che hanno determinato il nuovo corso del termine, come del resto risulta dal testo dell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., che esplicitamente richiama i primi tre commi dell'art. 303». Sicché, soltanto se si include nel calcolo dei termini finali di fase anche la custodia cautelare subita dall'imputato in fasi diverse, «la disposizione censurata mantiene integra la sua naturale sfera di applicazione e non resta limitata [...] ai casi eccezionali di molteplici regressioni del procedimento o di pluralità di evasioni».

A seguito di tale pronuncia, le sezioni unite hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen., ribadendo che tale norma impedisce di computare ai fini dei termini massimi di fase di cui all'art. 304, comma 6, i periodi di detenzione sofferti in una fase o in un grado diversi da quello in cui il procedimento è regredito. Il codice avrebbe difatti accolto per i termini di fase della custodia una concezione 'monofasica' o 'endofasica', distinguendo unicamente tra termini di fase e termine complessivo, senza prendere in considerazione il periodo 'interfasico', sì che, «quando l'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. fa riferimento ai termini che decorrono di nuovo, a questi si possono sommare [...] solo entità omogenee, e cioè i periodi trascorsi nella stessa fase».

Richiamandosi al principio, affermato nella sentenza n. 292 del 1998, della riduzione al minimo necessario del sacrificio della libertà personale, i giudici rimettenti tentano poi di conciliare l'indirizzo sino ad allora sostenuto dalla Corte costituzionale con le posizioni delle sezioni unite, affermando che «il periodo trascorso nella fase intermedia [...] non va perduto,

ma, per così dire, accreditato alla fase di competenza, con la conseguenza che vi sarà sommato quando il procedimento l'avrà raggiunta. In questo modo il sacrificio per il soggetto privato è comunque di carattere transitorio e certo non può paragonarsi [...] agli effetti di rottura del sistema che il criterio del cumulo indifferenziato irragionevolmente è in grado di provocare».

Con ordinanza n. 243 del 2003 la Corte ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile, per essere la motivazione perplessa e contraddittoria, non mancando tuttavia di rilevare come la costruzione delle sezioni unite circa il recupero della custodia cautelare finisca per subordinare «il principio di proporzionalità all'appagamento delle esigenze della fase processuale» e riduca «il principio del minor sacrificio della libertà personale ad una sorta di credito di libertà spendibile nelle eventuali fasi successive». Le ordinanze n. 335 del 2003 e n. 59 del 2004 dichiarano poi manifestamente inammissibili per difetto di motivazione successive analoghe questioni di legittimità costituzionale.

Con la sentenza n. 23016 del 2004 le sezioni unite della Corte di cassazione confermano l'indirizzo già espresso nelle precedenti decisioni, ribadendo che «il coordinamento degli artt. 304, comma 6, e 303, comma 2, del codice porta univocamente a ritenere che, per il calcolo del doppio dei termini di fase, siano cumulabili esclusivamente le fasi e i gradi omogenei, per la puntuale ragione che soltanto questi rappresentano segmenti processuali avvinti da una relazione di corrispondenza, di omogeneità e di successione funzionale, di talché, rispetto alla disposizione *ex art.* 303, comma 2, il grado successivo può essere considerato come ripristino del primo». Sostenere che nel doppio del termine di fase debbano cumularsi tutti i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi diverse significherebbe, a parere della Corte di cassazione, «sconvolgere l'assetto complessivo dell'impianto codicistico che non conosce altra distinzione che quella tra termini di fase e termini complessivi di durata», introducendo «un termine 'interfasico' o 'plurifasico', che ingloba, in forma anomala ed ibrida, segmenti custodiali propri di fasi eterogenee, in tal modo realizzando un'operazione manipolatrice della normativa, il cui reale significato consiste nella piena cancellazione dell'art. 303, comma 2, senza un'espressa declaratoria di illegittimità costituzionale, e nella radicale ripermimetrazione del sistema vigente in materia di termini della custodia cautelare».

Come già rilevato, nell'ordinanza n. 529 del 2000, la Corte ha ritenuto che l'interpretazione patrocinata dalle sezioni unite sia tale da svuotare sostanzialmente la portata dell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., in quanto di norma per determinare il nuovo termine finale di fase conseguente al regresso del procedimento sarebbe sufficiente il termine definito dall'art. 303, comma 2, dello stesso codice, che stabilisce che a seguito del regresso riprende a decorrere l'ordinario termine della fase in cui il procedimento è regredito. Il termine di cui all'art. 304, comma 6, cod. proc. pen. avrebbe cioè uno spazio di operatività solo quando i termini di durata della custodia cautelare sono stati sospesi in base alle previsioni dello stesso art. 304 cod. proc. pen., ovvero nei casi di plurime regressioni del procedimento, riducendosi in tali limiti la funzione di garanzia ultima della durata massima della custodia cautelare svolta dai termini finali di fase.

Tale garanzia non risulterebbe assicurata neppure dal criterio – del così detto credito di libertà – secondo cui sarebbe possibile recuperare e accreditare nella successiva fase di competenza il periodo di custodia cautelare trascorso nella fase intermedia. Il recupero è infatti una evenienza non solo futura e incerta (posto che l'imputato potrebbe essere prosciolto o *medio tempore* scarcerato o comunque il procedimento potrebbe non pervenire, per le più

varie cause, a fasi o gradi ulteriori), ma non può verificarsi proprio nel caso più ricorrente di regressione del procedimento, e cioè in caso di annullamento di una sentenza di appello confermativa di una condanna di primo grado: situazione per la quale non valgono più termini custodiali 'di fase', ma esclusivamente quelli complessivi di cui all'art. 303, comma 4, cod. proc. pen., giusta il disposto del comma 1, lettera *d*), ultimo periodo, del medesimo articolo.

Nel corso della vicenda in esame la Corte costituzionale ha applicato il principio di astenersi dal pronunciare una dichiarazione di illegittimità sin dove è stato possibile prospettare una interpretazione della norma censurata conforme a Costituzione, anche al fine di evitare il formarsi di lacune nel sistema, particolarmente critiche quando la disciplina censurata riguarda la libertà personale.

Sulla base di questo consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte ha appunto pronunciato la sentenza interpretativa di rigetto n. 292 del 1998, ed ha poi confermato la scelta della via interpretativa dopo i primi interventi delle sezioni unite della Cassazione, sollecitate a dirimere i contrasti insorti in materia tra le diverse sezioni, sino a quando la Corte di cassazione a sezioni unite ha confermato con particolare forza il proprio indirizzo interpretativo nella sentenza n. 23016 del 2004.

A seguito di tali decisioni e, in particolare, della sentenza da ultimo citata, non vi è dubbio che l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative.

Le considerazioni svolte nella sentenza n. 292 del 1998 e nelle successive ordinanze in precedenza menzionate circa il rispetto dei principî di adeguatezza e di proporzionalità, operanti anche in relazione ai limiti che deve incontrare la durata della custodia cautelare, discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo, da un lato, e alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva.

Nella giurisprudenza della Corte, d'altro canto, le esigenze che impongono, nella logica dell'art. 13 Cost., di privilegiare soluzioni che comportino il minor sacrificio della libertà personale trovano le loro radici nella fondamentale sentenza n. 64 del 1970, che ha aperto la via alla vigente disciplina in tema di termini massimi – di fase, complessivi e finali – della custodia cautelare.

La Corte – allora chiamata a pronunciarsi, tra l'altro, sulla legittimità costituzionale dell'art. 272 del codice di procedura penale del 1930, nella parte in cui limitava «l'operatività dei termini massimi della custodia preventiva alla sola fase istruttoria» e consentiva che, dopo la chiusura dell'istruzione, la custodia non fosse soggetta ad alcun limite – nell'accogliere la questione muove dalla constatazione che con l'art. 13, quinto comma, la Costituzione ha voluto evitare che il sacrificio della libertà determinato dalla custodia preventiva «sia interamente subordinato alle vicende del procedimento; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che [...] costituisce una delle basi della convivenza civile».

La stessa Corte precisa peraltro che le statuizioni della sentenza «non precludono al legislatore una nuova disciplina della materia, eventualmente differenziata [...] anche in relazione alle varie fasi del procedimento, purché, in conformità con l'ultimo comma dell'art.

13 della Costituzione, si assicuri in ogni caso la predeterminazione d'un ragionevole limite di durata della detenzione preventiva».

Per essere conformi a Costituzione i termini massimi devono dunque coprire l'intera durata del procedimento, sino alla sentenza definitiva; ove non fossero disciplinati termini massimi di custodia cautelare, il sacrificio della libertà risulterebbe infatti interamente subordinato alle esigenze processuali e ne risulterebbe compromesso il bene fondamentale della libertà personale; ove siano previsti termini massimi in relazione alle varie fasi del procedimento, la relativa disciplina deve essere tale da assicurare in ogni modo un ragionevole limite di durata della custodia, in conformità d'altra parte ai parametri di proporzionalità e adeguatezza interni allo stesso precetto sancito dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost.

Le limitazioni della libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il principio di proporzionalità, posto che contrasterebbe con il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà una disciplina della detenzione cautelare priva di limiti di durata ragguagliati, da un lato, alla pena prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza e, dall'altro, alla concreta dinamica del processo e alle diverse fasi in cui esso si articola. Unitamente al principio di adeguatezza, il criterio di proporzionalità tra la gravità della pena prevista per il reato e la durata della custodia lungo l'intero corso del procedimento ispira l'esigenza di assicurare un ragionevole limite di durata della custodia cautelare in relazione alla sua durata complessiva e alle singole fasi del processo.

Processo e fatto di reato sono infatti termini inscindibili del binomio al quale va sempre parametrata la disciplina della custodia cautelare e ad entrambi deve sempre essere ancorata la problematica dei termini entro i quali la durata delle misure limitative della libertà personale può dirsi proporzionata e, quindi, ragionevole: tra l'altro, in conformità ai valori espressi dall'art. 5, par. 3, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. Nel sistema attuale, la durata ragionevole è, appunto, assicurata anche dai termini massimi di fase, in quanto proporzionati alla effettiva evoluzione della situazione processuale dell'imputato.

Infine, proporzionalità e ragionevolezza stanno alla base del principio secondo cui, in ossequio al *favor libertatis* che ispira l'art. 13 Cost., deve comunque essere scelta la soluzione che comporta il minor sacrificio della libertà personale.

La tutela della libertà personale che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia voluti dall'art. 13, quinto comma, Cost. è quindi un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali, ovvero desunte da una ricostruzione dell'attuale sistema processuale che non consenta di tenere conto, ai fini della garanzia del termine massimo finale di fase, dei periodi di custodia cautelare "comunque" sofferti nel corso del procedimento.

Sulla base di tali principi, ai quali questa Corte si è costantemente richiamata per interpretare la disciplina censurata in modo conforme a Costituzione, e preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l'interpretazione sinora sostenuta, la Corte stessa non può che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost.

La disciplina impugnata è infatti lesiva di tali parametri costituzionali nella parte in cui non consente che i periodi di custodia cautelare derivanti da *errores in iudicando* o *in procedendo* che hanno comportato la regressione del procedimento, sofferti in momenti

processuali diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito, siano computati ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, comma 6, cod. proc. pen.

## 4.6. Le impugnazioni

### 4.6.1. Sul principio del doppio grado di giurisdizione di merito

La Corte, con affermazione costante, ha statuito che il principio del doppio grado di giurisdizione di merito – il quale peraltro «non esprime l'esigenza della piena cognizione in ogni grado della giurisdizione, ed in particolare nel giudizio d'appello, ma si risolve in una garanzia pratica del miglior risultato delle decisioni» (**sentenza n. 177 del 1973**) e non va inteso nel senso che «tutte le questioni debbono essere decise da due giudici di diversa istanza, ma nel senso che deve essere data la possibilità di sottoporre tali questioni a due giudici di diversa istanza anche se il primo non le abbia tutte decise» (**sentenza n. 316 del 2002**) – non ha rilevanza costituzionale (*ex plurimis*, **sentenze n. 117 del 1973, n. 186 del 1980, n. 62 del 1981, 280 del 1995**).

In particolare, la garanzia del doppio grado di giurisdizione non può farsi discendere né dall'art. 111, secondo comma, Cost. (nel testo precedente alla modifica introdotta con la legge n. 2 del 1999), che a garanzia dell'osservanza della retta attuazione giudiziale della legge sancisce l'inderogabilità del solo ricorso per cassazione, per motivi di legittimità, contro tutte le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi ordinari o speciali (**sentenza n. 117 del 1973**), né dall'art. 24 Cost., come proiezione diretta del diritto di difesa, poiché «in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo» (**sentenza n. 62 del 1981**).

Il principio in esame inoltre non è imposto, secondo la Corte, neppure dai vincoli di carattere internazionale che discendono da norme pattizie.

Quanto al principio contenuto nell'art. 2 del Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo la Corte, con la **sentenza n. 288 del 1997** (in tema di limiti appello avverso le sentenze pronunciate all'esito del giudizio abbreviato che applicano sanzioni sostitutive), ha chiarito che il tenore dell'art. 2, comma 1, del protocollo addizionale n. 7, anche attraverso il confronto con quanto già disposto in tema di impugnazioni dall'art. 14, comma 1, del Patto internazionale non legittima una interpretazione per cui il riesame ad opera di un tribunale superiore debba coincidere con un giudizio di merito. Inoltre, la formulazione dell'art. 2, nel demandare al legislatore interno ampi spazi per la disciplina dell'esercizio del diritto d'impugnazione, non esclude infatti che il principio si sostanzi nella previsione del ricorso per cassazione e che dunque la norma, anche alla luce dell'interpretazione sostenuta dalla prevalente dottrina con riferimento all'analogo principio enunciato dal comma primo dell'art. 14 del Patto internazionale, è volta ad assicurare comunque un'istanza davanti alla quale far valere eventuali errori *in procedendo* o *in iudicando* commessi nel primo giudizio, con la conseguenza che il riesame interverrà solo ove tali errori risultino accertati. Ove si volesse poi sostenere che, essendo la ricorribilità in Cassazione già prevista dalla Costituzione, l'art. 2, comma 1, ha introdotto il diritto ad un secondo grado di giudizio di merito, si incorrerebbe in un palese vizio logico, in quanto la

norma convenzionale verrebbe interpretata alla luce dell'ordinamento interno, come se la disposizione pattizia avesse il ruolo di riempire i vuoti dell'ordinamento costituzionale. Vuoto che, tra l'altro, non si porrebbe in contraddizione con l'ordinamento costituzionale italiano, alla luce della consolidata giurisprudenza di questa Corte in tema di non rilevanza del doppio grado di giurisdizione»

Nella **sentenza n. 62 del 1981** la Corte ha inoltre affermato che non appare in contrasto con il principio sancito nell'art. 14, paragrafo 5, del Patto internazionale dei diritti civili e politici «un sistema che prevede un riesame nel merito di un giudizio di condanna per delitti, solamente nelle ipotesi di accoglimento di un ricorso (art. 111, secondo comma, Cost.) con il quale si denunzino veri e propri vizi nello svolgimento del processo e nella formazione del convincimento del giudice

#### ***4.6.2. Sul fondamento del potere di impugnazione del pubblico ministero***

Con la **sentenza n. 177 del 1971** la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 515, comma 4, c.p.p. 1930 che riconosceva al pubblico ministero il potere di proporre appello incidentale sulla base del rilievo «assorbente» che «il potere di impugnazione (...) è un'estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale, un atto conseguente – obbligatorio e non discrezionale – al promovimento dell'azione penale», tale comunque da non consentire che il pubblico ministero «tenga un comportamento contraddittorio», lasciando scadere i termini per l'impugnazione principale e impugnando successivamente in via incidentale.

Successivamente, tuttavia, si sono susseguite affermazioni di segno nettamente contrario alla possibilità di rinvenire nell'art. 112 Cost. il fondamento costituzionale del potere di impugnazione del pubblico ministero; affermazioni che trovano conferma fin nella più recente giurisprudenza.

Così, in particolare, nella **sentenza n. 280 del 1995** la Corte, nel rigettare questione analoga, dopo aver precisato che l'appello incidentale è per il pubblico ministero un onere, nel senso che egli deve farvi ricorso solo se intende cercare di impedire quegli effetti favorevoli per l'imputato che potrebbero derivare da un accoglimento dell'appello principale dall'imputato stesso proposto, afferma che il potere di appello del pubblico ministero non può riportarsi all'obbligo di esercitare l'azione penale come se di tale obbligo esso fosse – nel caso in cui la sentenza di primo grado abbia disatteso in tutto o in parte le ragioni dell'accusa – una proiezione necessaria ed ineludibile». Secondo la Corte «tutto il sistema delle impugnazioni penali, ed in particolare dell'appello, tanto sotto il codice abrogato quanto sotto il codice vigente, depone nel senso che il potere del pubblico ministero di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, anche se in certe situazioni ne possa apparire istituzionalmente doveroso l'esercizio, non è riconducibile all'obbligo di esercitare l'azione penale ». Il fondamento di questo «dovere» è individuato dalla Corte in norme di rango secondario, in quanto riconducibile a quei generali doveri che competono al pubblico ministero in relazione alle funzioni ad esso demandate, doveri che nel vigente ordinamento giudiziario (art. 73 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) sono indicati con riferimento alla vigilanza sull'osservanza delle leggi e sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia e, con specifico riferimento al campo penale, come promovimento della repressione dei reati.

In questo senso si vedano anche le **ordinanze n. 347 del 2002** e **n. 421 del 2001**

(entrambe sui limiti all'appello previsti nei confronti del p.m. in relazione alla sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio abbreviato), nonché l'ordinanza n. **426 del 1998** (sulla mancata previsione della facoltà di appello del p.m. avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sequestro conservativo).

Tuttavia, pur riconoscendo che il potere di impugnazione del p.m. non costituisce estrinsecazione necessaria dell'art. 112 Cost., la Corte ammette che la configurazione dei poteri del pubblico ministero possa essere censurata per irragionevolezza se «i poteri nel loro complesso, dovessero risultare inidonei all'assolvimento dei compiti previsti dall'art. 112 della Costituzione» (così **sentenza n. 98 del 1994**).

Sulla stessa linea l'**ordinanza n. 110 del 2003**, che rigetta una questione concernente le modalità di presentazione dell'atto di impugnazione (ritenute dal rimettente pregiudizievoli per la pubblica accusa) anche sul rilievo che, una volta esclusa nella specie qualsiasi irragionevole limitazione nei poteri processuali del pubblico ministero, deve altresì escludersi la prospettata compromissione delle attribuzioni di quell'organo.

L'epilogo dei poteri impugnatori del p.m. è fin troppo noto. Con la sentenza **n. 26 del 2007**, il Giudice delle leggi ha ritenuto fondata la questione, in riferimento all'art. 111, secondo comma, Cost., con assorbimento delle residue censure dei giudici rimettenti, dell'art. 1 della legge n. 46 del 2006, ritenuto costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 cod. proc. pen., esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva; dichiarando altresì, correlativamente, l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 10, comma 2, della medesima legge, nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile. Il contenuto di tale pronuncia è già stato nondimeno esposto *supra*, § 2.3. (parità delle parti) al quale pertanto si rimanda.