

## PROCESSO PENALE: **Legalità, giustizia e difesa sociale\***

**Prof. PIETRO NUVOLONE**  
(Catedrático de Direito Penal na Universidade de Milão)

### S O M M A R I O :

1. Il principio di legalità processuale nelle sue espressioni fondamentali;
2. Discrezionalità, legalità, motivazione;
3. Custodia preventiva e legalità;
4. Il principio del libero convincimento e i suoi abusi;
5. Obbligatorietà dell'azione penale e principio di opportunità;
6. Il principio del Giudice naturale;
7. La giustizia come eguaglianza di trattamento a parità di condizioni;
8. La difesa sociale; Gli esami di personalità;
10. Conciliazioni tendenziali e inevitabili disarmonie.

1. Il diritto processuale penale moderno nasce, all'epoca dell'Illuminismo, con l'affermazione dell'esigenza della **legalità**. Tale esigenza si esprime in alcune proposizioni fondamentali:

a) il giudice deve essere soggetto solamente alla **legge**, e quindi indipendente dagli altri poteri dello Stato, e soprattutto dal potere esecutivo;

b) il promuovimento dell'azione penale non dev'essere il frutto di una valutazione discrezionale o di opportunità, ma dev'essere **obbligatorio**, quando ne ricorrano i presupposti di legge;

c) nessuno può essere distolto dal suo **giudice naturale**.

Queste proposizioni stanno ancora alla base dei principî fondamentali delle legislazioni civili; tuttavia, l'evoluzione del diritto penale, le differenti tradizioni giuridiche, le diverse impostazioni politico-costituzionali hanno inciso e incidono notevolmente sull'interpretazione e applicazione del criterio della legalità processuale, che, in sè e per sè, non viene negato da nessuno.

---

\* Conferência pronunciada a 5 de agosto de 1964 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a convite do Instituto dos Advogados do Paraná.

2. La proposizione per cui il giudice "deve essere soggetto solamente alla legge" riposa sul principio della divisione dei poteri; ed entro questi limiti non viene posto in discussione, almeno negli Stati di democrazia occidentale. Si tratta, del resto, a ben guardare, di un principio logico e non di un principio politico; il giudice che fosse estrinsecazione di un altro potere sarebbe parte, e cioè l'antitesi del concetto di giudice, che reca in sè necessariamente la nota dell'imparzialità.

Ma dove comincia la discussione è sul punto dell'estensione dei poteri del giudice. Alcuni pensatori illuministi, tra cui il Beccaria, concepivano questi poteri in modo così rigorosamente ristretto da opporsi anche a qualsiasi potere di interpretazione. Questi eccessi, storicamente spiegabili con la reazione all'illimitato arbitrio dei tempi, sono ormai solo dei ricordi; ma il problema rimane. Ed è il problema dell'alternativa e dei rapporti tra **discrezionalità** e **legalità**.

L'esigenza della discrezionalità nasce, anzitutto, dalla correlazione tra fattispecie legale astratta e fatto concreto dedotto nel processo. Il giudice deve mediare; e mediando interpreta a riempie di contenuti formule che, spesso, hanno una notevole elasticità.

Ma fin qui si tratta, in fondo, di una discrezionalità impropria, che si identifica in un'operazione ermeneutica, se pure di tipo particolare.

Dove, invece, entriamo nel campo della discrezionalità propria è nell'ambito delle sanzioni. Qui la maggior parte delle legislazioni prevedono limiti minimi o limiti massimi o entrambi sia per la pena sia per la misura di sicurezza; ma entro quei limiti, se pure servendosi di criteri che sono dettati talvolta dalla legge (p. es. art. 133 cod. pen. it.), il giudice può spaziare per determinare la durata della sanzione; spesso è rimessa a lui la scelta tra pena detentiva e pena pecuniaria; e, nei sistemi del **sursis** come in quelli della **probation**, dipende, in ultima analisi, da una sua valutazione discrezionale, rispettivamente la sospensione condizionale della pena o la sospensione condizionale della pronuncia della condanna.

Non si tratta, evidentemente, di una discrezionalità immotivata; anzi, il giudice, in genere (tale è il caso del diritto italiano), deve esprimere i motivi della sua decisione; ma sono motivi che nella legge hanno solo un punto di riferimento, non una norma precisa di applicazione.

Fin qui si tratta di discrezionalità esplicita sul piano processuale, ma con un contenuto di diritto sostanziale. Vi sono, poi, gli atti di

pura discrezionalità processuale, che distingueremmo in due categorie: quelli che incidono direttamente su diritti e interessi di natura sostanziale (p. es. libertà personale) e quelli che non vi incidono se non indirettamente. Tra i primi ricordiamo: la possibilità di scegliere tra mandato di cattura e mandato di comparizione; la possibilità di concedere o rifiutare la libertà provvisoria; tra i secondi: i poteri attribuiti al giudice da talune legislazioni (tra cui quella italiana) in materia di ammissione di prove (testi, documenti ecc.), di ammissione di perizie; i poteri di concedere o rifiutare rinvii, di connettere o separare procedimenti ecc.

Non v'è dubbio che in tutti questi casi il principio di legalità processuale, inteso nel suo senso più proprio e rigoroso, viene abbandonato. Il giudice, sia pure nel quadro della legge, diventa autore e applicatore di una sua **regula iuris**.

Molte costituzioni moderne, tra cui quella italiana, impongono l'obbligo della motivazione per i provvedimenti del giudice. In effetti, come la garanzia giurisdizionale integra l'affievolita garanzia di legalità sul piano sostanziale, così la garanzia della **motivazione** integra e in parte sostituisce la garanzia di legalità processuale.

Il controllo della motivazione da parte del giudice dell'impugnazione diventa, così, un problema di garanzie, e quindi, **lato sensu**, di legalità; cosicché si comprende come, in taluni ordinamenti (tra cui quello italiano), la Corte di Cassazione si arroghi il compito di controllare, non solo l'esistenza, ma anche la logicità della motivazione. Il che, ovviamente, suscita una serie di problemi, e può essere anche oppugnato; ma storicamente si spiega ed è pienamente giustificato.

3. La legalità della **custodia preventiva** è espressione precipua del principio di legalità processuale. La Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e molte legislazioni, stabiliscono che l'imputato abbia il diritto di far verificare di tempo in tempo dal giudice la legalità della sua carcerazione.

A questo proposito, non si può fare a meno di osservare che vi è un certo **impasse** sul punto; e, invero, mentre la logica processuale e la presunzione di innocenza recano come corollario che il mandato di cattura non debba mai essere obbligatorio, la facoltatività del mandato di cattura attenua le garanzie della legalità. L'impasse non può esser superata se non con l'indicazione da parte della legge delle ragioni che possono giustificare il mandato e con la statuizione, da un lato, dell'obbligo di un'ampia motivazione del mandato e colla possibilità, dall'altro di impugnare il medesimo.

A questo proposito, bisogna segnalare che la legge italiana prevede queste garanzie; ma la giurisprudenza le ha praticamente annullate, accontentandosi di motivazioni monolineari e prive di riferimento al caso concreto. Questo orientamento è connesso al sistema inquisitorio (si teme che, attraverso la motivazione del mandato, si violi il segreto istruttorio); e, quindi, un superamento di esso non è pensabile senza una riforma **ab imis** del processo penale: riforma che è attualmente allo studio.

Meritevole di attenzione ci sembra, come applicazione genuina del principio di legalità in tema di libertà personale (oltre i confini della custodia preventiva), il procedimento speciale sull'“**Habeas corpus**” previsto dagli artt. 647-667 del codice di procedura brasiliano.

4. Strettamente collegato al problema della legalità processuale è il problema del cosiddetto **libero convincimento del giudice**.

Il principio del libero convincimento è nato in opposizione al principio delle **prove legali**. Il giudice può attingere per la propria decisione da ogni elemento legalmente acquisito al processo, diretto o indiziario, conclusivo o presuntivo, senza esser legato da nessun vincolo che attribuisca valore privilegiato ad un elemento piuttosto che ad un altro.

Nei suoi attuali sviluppi, in taluni ordinamenti, il principio del libero convincimento è divenuto una specie di bandiera della magistratura nella sua lotta per l'affermazione di un'assoluta indipendenza: obiettivo auspicabile, ma mezzo eccessivo che può condurre ad aberrazioni contrarie al principio di legalità e alle stesse garanzie del cittadino.

Nella sua interpretazione più estrema, il principio del libero convincimento porta a minimizzare la garanzia della motivazione: come, in effetti, sta avvenendo talvolta per certe pronunce della magistratura italiana. Non solo, ma talora il principio del libero convincimento riduce la sentenza al corollario degli accertamenti eseguiti nella istruttoria scritta e segreta, con eliminazione di ogni rilievo per le prove raccolte in dibattimento.

Sulla base dell'esperienza italiana, riteniamo che il principio del libero convincimento debba essere, almeno in parte, ridimensionato se non si vogliono perdere le conquiste del principio di legalità. La garanzia rappresentata dal carattere giurisdizionale del provvedimento non va sopravvalutata: ove i giudici non siano espressione di un **humus** per sua natura profondamente democratico, è possibile

anche una tirania del potere giudiziario. Non si dice di ristabilire il principio delle prove legali; ma alcune regole devono essere dettate affinché il giudice, per esempio, non possa trarre il suo convincimento dagli accertamenti di polizia giudiziaria non confermati nelle successive fasi del processo.

Proposizioni, quali talvolta si odono e si scrivono, per cui anche una confessione estorta con la violenza può costituire fondamento di una condanna per il principio del libero convincimento, ripugnano prima di tutto alla coscienza civile.

L'ammissibilità della motivazione per presunzioni, in materia di prova generica, dovrebbe, infine, essere esclusa: la condanna per omicidio, quando la morte può essere solo presunta, costituisce una vera e propria stortura e ha dato origine a clamorosi errori giudiziari.

Si aggiunga che il principio del libero convincimento, portato alle sue estreme conseguenze, urta contro il principio di **uguaglianza**, che pure è un'espressione del principio di legalità. E, invero, esso si traduce in una libertà per il giudice di trattare in modo diverso casi obiettivamente uguali, con una grave sostanziale lesione della giustizia.

5. Estrinsecazione del principio di legalità — come abbiamo visto all'inizio — è l'obbligatorietà dell'azione penale, sancita anche dall'art. 42 del codice di procedura brasiliano.

Com'è noto, al canone dell'obbligatorietà si oppone quello dell'opportunità (l'**Opportunitätsprinzip** della dottrina germanica). Si sostiene da una parte degli studiosi che il principio di opportunità permette di tenere conto delle esigenze inerenti al principio di difesa sociale connesso al processo penale: quando si tratta di affari di poco conto, il pubblico ministero può non aver interesse a mettere in moto il meccanismo della giustizia, che provocherebbe alla persona danni più gravi dei benefici arrecati alla società dalla repressione. E' in questo spirito che alcune legislazioni del nord dell'Europa accolgono il principio di opportunità; e che la stessa legislazione italiana per i minorenni (decreto 20 luglio 1934 n. 1404, art. 14) ammette che il procuratore della Repubblica possa ritenere "che non si debba procedere".

Ora, noi, pur rendendoci conto di certe ottime ragioni che militano in favore del principio di opportunità soprattutto sotto il profilo della difesa sociale, pensiamo che non si possa farne una regola valevole per tutti i paesi, almeno allorché si esce dall'ambito del diritto penale preventivo dei minorenni.

Il pericolo dell'arbitrio é troppo grave: e noi italiani non possiamo dimenticare che il potere di archiviazione fu attribuito al pubblico ministero in connessione con avvenimenti che determinarono l'affermazione dello Stato autoritario; mentre, al cessare di quel regime, la decisione sull'archiviazione della **notitia criminis** fu rimessa alla competenza del giudice (istruttore).

Certo, a questo punto, si prospetta un evidente interrogativo: **quando l'organo titolare dell'azione penale deve promuovere l'azione stessa e quando deve, invece, chiederne l'archiviazione?**

Neppure nel codice italiano esiste una risposta a questo quesito; e la dottrina naviga in un mare di incertezze, arrivando alcuni autorevoli scrittori (v. p. es. il Leone) a parificare il decreto di archiviazione ad una sentenza e, quindi, a concepirla come possibile anche al termine di accertamenti istruttori compiuti dal pubblico ministero.

Da un punto di vista generale, e prescindendo dalla legislazione italiana, diremmo che il problema dommatico é quello di identificare la **fattispecie processuale**, che costituisce la premessa del promuovimento dell'azione penale.

Ove non si voglia cadere nell'arbitrario, la fattispecie deve identificarsi nella **non manifesta infondatezza della notitia criminis**. La denuncia, il rapporto, la querela non devono, cioè, apparire, anzitutto, completamente infondati in diritto (denuncia d'un fatto non previsto dalla legge come reato); in secondo luogo, dopo i primi sommari accertamenti, o addirittura **ictu oculi**, non devono apparire inveritieri in fatto, e cioè in contrasto insanabile con fatti pacificamente risultanti come veri.

Se non vi é questa manifesta infondatezza preliminare, se occorre compiere indagini di una certa complessità, che abbiano come presupposto la contestazione esplicita o implicita di un reato a una persona, o, comunque, il compimento di atti processuali il cui presupposto é che una persona sia indiziata di reato e tale considerata dall'organo procedente, siamo al di fuori della fattispecie dell'archiviazione: siamo, cioè, nell'ambito della fattispecie processuale che costituisce la premessa del promuovimento dell'azione penale.

In tal modo il principio di legalità processuale corrisponde su di un piano di perfetto parallelismo al principio di legalità sostanziale, sia pure in una dinamica in parte capovolta: essenziale essendo, sul piano processuale, anche la garanzia contro l'arbitrio del mancato promuovimento dell'azione penale.

6. Garanzia di legalità é anche quella del **giudice naturale**,

espressamente proclamata dalla costituzione italiana e da altri ordinamenti.

Storicamente il principio del giudice naturale si é affermato in opposizione al sistema di creare giudici speciali per giudicare particolari imputati, ad arbitrio del sovrano.

Oggi la nostra Corte Costituzionale ha interpretato questo principio nel senso che il giudice naturale si identifica col **giudice precostituito per legge**. E ha dichiarato incostituzionali due norme del codice di procedura penale: quella che attribuiva al pubblico ministero il potere di attribuire al pretore la competenza a giudicare di reati ordinariamente di competenza del Tribunale, e viceversa; e quella che attribuiva al procuratore generale presso la Corte d'Appello il potere di investire la Sezione Istruttoria della competenza a istruire un processo ordinariamente di competenza del Giudice Istruttore.

Queste decisioni sono state oggetto di critiche, essendosi da taluno osservato che il principio del giudice naturale é solo l'antitesi del principio del giudice speciale: non condividiamo queste critiche; anche quello di "giudice naturale" é concetto che si evolve coi tempi, fermo restando l'obbiettivo teleologico della garanzia; e non potendosi oggi far riferimento a un giudice competente "per natura", l'unico mezzo per realizzare lo scopo di garanzia é quello di interpretare il principio del giudice naturale nel quadro del principio di legalità.

7. La legalità può ben definirsi un limite-garanzia che dev'essere osservato per raggiungere gli scopi del processo. Questi scopi si identificano nella realizzazione della **giustizia** e della **difesa sociale**.

Tali scopi furono sempre connaturali al processo: il loro contenuto e il loro reciproco rapporto muta ovviamente col mutare dei tempi.

Nel momento storico attuale, per identificare il concetto di giustizia in funzione processuale si muove da una proposizione fondamentale e universalmente valida: **eguaglianza di trattamento a parità di condizioni**. Dopo di che si deve fare subito una precisazione: la parità di condizioni é intesa in senso oggettivo e in senso soggettivo-criminologico non nel senso della dignità o posizione sociale (come, invece, nei tempi in cui la giustizia si differenziava per classi).

L'eguaglianza di trattamento si prospetta sia sul piano del processo di cognizione, sia sul piano della pronuncia, sia sul piano del processo di esecuzione.

Sul piano del processo di cognizione, essa si esplica in relazione

ad alcuni elementi essenziali: contestazione, contraddittorio, difesa, custodia preventiva. Tutti devono essere posti in condizione di conoscere l'oggetto della imputazione, di subire e fare assumere le prove in contraddittorio, di avere un difensore. Diremo subito che questo principio non é se non parzialmente attuato nei sistemi con istruttoria scritta e segreta, nei quali c'è un'aberrante differenza di posizioni tra il pubblico ministero e il difensore dell'imputato.

Sul piano della pronuncia, essa si identifica nel principio: **a uguale azione e uguale colpa uguale sanzione.**

Sul piano della esecuzione, essa si identifica nel principio: **a uguale sentenza e a uguale personalità uguale trattamento penitenziario.**

Da queste due ultime proposizioni emerge evidente come la giustizia penale oggi sia profondamente mutata rispetto a quella, per esempio, propugnata da Beccaria, e che era essenzialmente riferita alla gravità oggettiva del fatto.

Oggi non si può prescindere dal principio della **individualizzazione della pena**, nel momento giudiziario e nel momento esecutivo: la personalità del delinquente viene in primo piano. E, in tanto si può dire di avere irrogato una giusta sanzione, in quanto si sia acquisita attraverso il processo l'esatta **dimensione soggettiva** dell'illecito connesso. Il che significa che ad azioni oggettivamente analoghe possono corrispondere pene del tutto diverse. E, poiché, a seconda dei suoi precedenti, della sua personalità, della sua sensibilità, il condannato reagisce in modo diverso alla pena, la giustizia esige che il trattamento penitenziario sia tendenzialmente differenziato.

Tutto ciò importa l'esigenza di accertamenti particolari nel corso del processo e connette direttamente il problema della giustizia a quello della difesa sociale.

8. La **difesa sociale**, intesa nel suo senso storico attuale, si identifica essenzialmente con lo scopo di prevenzione speciale (o di difesa contro il singolo delinquente) attuata attraverso il processo. Essa presuppone o un sistema penale di doppio binario o un sistema in cui alla pena sia attribuita anche una finalità di prevenzione speciale. Com'è noto, il diritto penale italiano partecipa di entrambi i sistemi, in quanto accoglie il dualismo tra pena e misura di sicurezza, e nello stesso tempo **attribuisce alla pena anche finalità di rieducazione** (art. 27 della Costituzione).

Le finalità di difesa sociale si attuano nel corso del processo di cognizione attraverso accertamenti ed esami intesi a studiare la per-

sonalità biopsicosociologica dell'imputato e attraverso l'applicazione provvisoria di misure di sicurezza; in sede di pronuncia attraverso l'adeguazione della pena non solo agli elementi oggettivi e soggettivi del fatto, ma anche alla personalità del delinquente per ciò che essa è indipendentemente dal fatto, e attraverso l'irrogazione di una misura di prevenzione corrispondente alla pericolosità sociale del soggetto; in sede di esecuzione attraverso un trattamento penitenziario del condannato o dell'internato, idoneo a facilitarne il recupero sociale.

9. La problematica più grave si presenta per i rapporti tra legalità, giustizia e difesa sociale durante la fase di cognizione, e cioè prima della pronuncia.

Infatti, la difesa sociale esige esami di personalità; ma tali esami, da un lato, possono influire sull'accertamento del fatto; e, dall'altro lato, possono violare ingiustamente l'intimità di un innocente.

Possono essere attenuati, nel senso che gli accertamenti di cui si discorre vengano disposti allorché, o per sorpresa in flagranza o quasi flagranza o per intervenuta confessione, vi sia una ragionevole probabilità che l'imputato sia autore del fatto; e nel senso che essi vengano compiuti con tutte le garanzie del contraddittorio.

Un altro sistema, che trova favore presso gli anglosassoni, è quello del cosiddetto **processo bifasico**: una fase di accertamento del fatto, durante la quale nessun esame di personalità può essere compiuto; e una fase di irrogazione della sanzione, avente per premessa l'esame di personalità.

Nel sistema italiano questo processo difficilmente potrebbe essere introdotto, sia per l'esistenza di una fase istruttoria predibattimentale sia per il congegno delle impugnazioni che, naturalmente, dovrebbe collegarsi anche alla semplice pronuncia sul fatto.

Quanto agli accertamenti di personalità, l'art. 314 del codice di procedura penale italiano esclude **"le perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche"**.

Contro questa norma, che appare in contrasto con l'art. 133 del codice penale che fa della capacità a delinquere e, in genere, della personalità del colpevole un criterio fondamentale per l'applicazione della pena, si sono pronunciati la maggioranza degli studiosi italiani e un Congresso tenutosi a Bellagio e a Milano nel 1953 ne ha proposto l'abrogazione.

La legge sui tribunali dei minorenni contiene, invece, una dispo-

sizione (art. 11) molto aperta da questo angolo visuale: **"Nei procedimenti a carico dei minori, speciali ricerche devono essere rivolte ad accertare i precedenti personali e familiari dell'imputato, sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale.**

**"Il pubblico ministero, il tribunale e la sezione della Corte d'Appello possono assumere informazioni, e sentire pareri di tecnici senza alcuna formalità di procedure, quando si tratta di determinare la responsabilità del minore e le cause della sua irregolare condotta".**

Bisogna pensare, d'altronde, che tutto il diritto penale e processuale penale dei minorenni é concepito essenzialmente in funzione della prevenzione speciale.

10. Le esigenze della difesa sociale ripropongono, in sostanza, sul piano processuale, i problemi e i dilemmi che esse pongono sul piano sostanziale.

Sul piano sostanziale, la difesa sociale implica una maggiore discrezionalità, e quindi un certo conflitto col principio di stretta legalità; e propone, soprattutto, quel quesito sulla sentenza indeterminata, che difficilmente può ritenersi compatibile con il brocardo: **"nulla poena sine lege"**.

Sul piano processuale, il principio di **plurideterminazione** (che in Italia vige, per esempio, in tema di misure di sicurezza), per cui la sentenza del giudice di cognizione é una sentenza aperta, che verrà completata, attraverso esami successivi, dal giudice di sorveglianza in sede di esecuzione, incide sul principio della cosa giudicata e quindi sull'esigenza di certezza; d'altro lato, come si é già detto, l'applicazione provvisoria di misure di sicurezza e il previo esame di personalità incidono, in una certa misura, sui principii di legalità e di giustizia.

Ma non si può non ammettere, per converso, che la giustizia stessa, intesa anche come adeguazione in senso soggettivo, e cioè come vera giustizia, esige, indipendentemente da qualsiasi considerazione di difesa sociale, un'indagine della personalità del soggetto per adeguare la pena alla misura della colpa (**nulla poena sine culpa**).

Cosicché anche le esigenze della giustizia non collimano sempre con quelle della legalità, mentre possono coincidere con quelle della difesa sociale.

D'altro lato, la giustizia, intesa anche come pronta repressione dei delitti (la rapidità delle procedure viene unanimemente invocata e, in Italia, si sta attualmente discutendo in sede pre-legislativa una

riforma che estende i casi di giudizio direttissimo), può venire in conflitto con la giustizia intesa come adeguazione in senso soggettivo: due aspetti della giustizia (relativa) che non sempre, dunque, si conciliano tra loro.

Per ovviare, nei limiti del possibile, a questi conflitti e a queste discrasie, bisogna accentuare, sotto altri aspetti, le garanzie di libertà: e, quindi, estendere il principio di contestazione e di contraddittorio a tutti gli accertamenti di personalità; indicare nella legge i casi e i momenti in cui si possono prendere misure e disporre accertamenti relativi alla personalità del soggetto, al di fuori dei confini fattuali del processo di cognizione.

Ma una certa zona di disarmonia rimarrà pur sempre: il che, tuttavia, ci sembra, in ultima analisi, fatale risultato della imperfezione degli strumenti umani, da un punto di vista generale; e, da un punto di vista specifico, conseguenza inevitabile della complessa natura che ha il processo penale, mezzo di conoscenza teleologicamente orientato verso un atto di volontà, con carattere necessariamente coercitivo, e quindi limitativo della libertà.

E, in fondo, sarà il rispetto della libertà del cittadino, insito nella collettività e quindi nei giudici, a garantire il migliore processo.