



Classificazione Decimale Dewey:

345 (23.) DIRITTO PENALE

CARMINE CASTALDI

LA PROVA ATIPICA NEL PROCESSO PENALE





©

ISBN
979-12-218-2370-7

PRIMA EDIZIONE

ROMA 19 DICEMBRE 2025

Ad Deum qui laetificat juventutem meam

INDICE

9 *Introduzione*

13 Capitolo I

La costituzionalità della prova atipica

1.1. La prova non disciplinata dalla legge tra modello accusatorio ed inquirente, 13 – 1.2. La prova atipica e la sua “costituzionalità” in rapporto al giusto processo, 17 – 1.3. Atipicità e indagini preliminari: i mezzi di ricerca della prova atipici, 24 – 1.3.1. *La dottrina*, 28 – 1.3.2. *La giurisprudenza: le fonoregistrazioni rese alla p.g. dalle persone offese, le videoregistrazioni in luoghi pubblici e il GPS*, 29 – 1.4. La prova atipica e la prova incostituzionale: il rispetto dei diritti fondamentali, 30 – 1.4.1. *La vicenda dei tabulati telefonici quale esempio in materia di diritti “emergenti”*, 35 – 1.5. Il caso delle videoriprese effettuate dalla p.g. nel domicilio, 36 – 1.6. La tassatività e la libertà delle prove, 39.

49 Capitolo II

La prova non disciplinata dalla legge

2.1. Cenni al sistema probatorio, 49 – 2.2. La definizione di prova atipica, 53 – 2.3. Le diverse classificazioni della prova atipica: la prova innominata, la prova irrituale e la prova anomala, 56 – 2.4. L’idoneità all’accertamento, 59 – 2.5. La tutela della libertà morale *ex art. 188 c.p.p.*, 62 – 2.6. Il contraddittorio e l’assunzione *ex officio*, 64.

67 Capitolo III

Esemplificazioni

3.1. Il riconoscimento dell’imputato in dibattimento, 67 – 3.2. Il riconoscimento fotografico effettuato nel corso delle indagini preliminari, 71 – 3.3. La prova atipica e i reati tributari: l’accertamento induttivo, 73 – 3.4. La chat whatsapp e l’abuso del documento, 78 – 3.5. Lo screenshot estratto dalla p.g. col consenso dell’indagato, 81 – 3.6. La testimonianza della p.g. sulle video-riprese sovrascritte, 83.

87 Capitolo IV

La prova scientifica

4.1. Definizione, 87 – 4.2. L’ordinamento USA: le regole Frye e Daubert, 88 – 4.3. La prova scientifica e la prova atipica, 90 – 4.4. Il Blood pattern Analysis, 94 – 4.5. Le neurotecnicologie, 95 – 4.6. Neuroimaging: tecniche e criticità giuridiche, 97 – 4.7. Verso il riconoscimento dei “Neurodiritti”, 100.

103 Capitolo V

L’impiego dell’intelligenza artificiale con fine probatorio

5.1. L’intelligenza artificiale nel processo penale, 103 – 5.2. Il quadro normativo vigente, 104 – 5.3. L’output dell’IA come prova atipica: ostacoli epistemologici e giuridici legati all’algoritmo, 108 – 5.4. Il trattamento dei Dati Biometrici e la Riservatezza: il riconoscimento facciale automatizzato quale prova nel processo penale, 110 – 5.5. Applicazioni concrete e scenari operativi dell’IA nel processo penale, 111.

113 *Conclusioni*

115 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

La cosiddetta “prova atipica”, disciplinata dall’art. 189 c.p.p., consente l’ingresso nella dinamica processuale di vari elementi di conoscenza attraverso procedure e forme non previste dal codice. Essa pone importanti problematiche: in primis quelle concernenti il rispetto dei diritti fondamentali statuiti dalla Costituzione, i quali potrebbero subire una lesione ove si proceda ad acquisire prove secondo forme non disciplinate dalla legge; vengono poi in rilievo anche quelle concernenti i diritti c.d. “emergenti” che pure trovano tutela nell’articolo 2 della Carta fondamentale. Ciò non solo in considerazione del perenne evolversi delle istanze sociali cui il legislatore è chiamato a dare tutela, ma anche dello sviluppo tecnologico che potrebbe astrattamente permettere la loro lesione nell’ambito della dinamica di accertamento dei fatti.

La tematica in esame investe, dunque, con particolare vicinanza la questione del rispetto delle garanzie procedurali e del principio di legalità, trovando primario rilievo non solo con riguardo all’operatività dell’autorità inquirente (trattandosi di una fase processuale in cui l’autorità precedente potrebbe rischiare di vedere la propria attività investigativa tacciata di inutilizzabilità qualora affetta da vizi procedurali), ma anche con riferimento all’attuazione di una attività difensiva che possa definirsi “piena” e, di conseguenza, non compromessa in modo preventivo da accertamenti istruttori lesivi delle libertà fondamentali.

Ne consegue che il campo di applicazione della disciplina della quale ci si accinge a trattare non solo è vastissimo, ma in continuo divenire. I mutamenti sociali e politici, gli sviluppi tecnologici, la progressiva digitalizzazione del nostro modo di vivere, di comunicare, di interagire gli

uni gli altri e di lavorare pongono il diritto di fronte alla necessità di “inseguire” la fenomenologia delle condotte da noi tutti quotidianamente poste in essere: ciò al fine di poter sempre discernere ciò che è lecito da ciò che, invece, deve essere sanzionato poiché connotato da un maggior disvalore sociale. Ma non si tratta solo di individuare nuove fattispecie di illeciti civili, penali, amministrativi. Il progresso tecnologico può avere ben altre ricadute anche sul piano delle nuove forme di investigazione per le quali risulta necessario stabilire le regole del c.d. “fair play”: procedure formali che nel caso degli elementi probatori atipici pongono talvolta chi li raccoglie di fronte a diverse perplessità ed incertezze in ordine alla disciplina applicabile, ai suoi limiti, all’ammis- sibilità dei nuovi strumenti di indagine e, soprattutto, in ordine alla loro affidabilità formale e a quella dei risultati probatori così ottenuti. La maggiore complessità consiste proprio nel ricercare un punto di equilibrio, giuridicamente legittimo, tra l’accertamento giudiziale e la tutela dei diritti inviolabili: un bilanciamento necessariamente discrezionale, ma che proprio per questo può essere oggetto di critiche e valutazioni.

Questo rappresenta il tema centrale del presente studio. Si è ritenuto opportuno strutturarla nel seguente modo: il volume si apre con un primo capitolo, necessario per ben chiarire le premesse fondamentali di ordine costituzionale che sono alla base della disciplina trattata. Tra di esse, in particolare, quelle relative al “giusto processo regolato dalla legge” e all’applicazione di questo principio anche alla tematica probatoria; in esso vengono in evidenza le contraddizioni di una disciplina che si è evoluta nel tempo e che è stata variamente interpretata dalla giurisprudenza.

Il secondo capitolo è volto all’analisi della disciplina generale inerente alla prova non disciplinata dalla legge: verranno quindi approfonditi i concetti fondamentali, le definizioni, le classificazioni, e le loro varianti, anche di natura interpretativa, sviluppatesi nel tempo.

Il terzo capitolo è finalizzato a individuare alcune tra le più significative applicazioni dell’articolo 189: con un costante riferimento alla Carta fondamentale, si evidenzia in modo specifico come la giurisprudenza abbia utilizzato la strada aperta dalla prova non disciplinata dalla legge per avallare prassi, anche investigative, irrituali.

Il quarto è incardinato sulle problematiche concernenti la prova scientifica e sull'applicabilità a questa della disciplina *ex art.* 189. Si tratta, inoltre, delle tecniche di neuroimaging e della loro applicazione nel processo penale, evidenziandone i limiti di natura sostanziale e procedurale, con particolare riferimento alla possibile incisione della capacità di autodeterminazione e alla conseguente emersione dei neurodiritti: cioè dello “spazio e della riservatezza mentale” quale luogo di tutela.

Nel quinto si discute delle evoluzioni più recenti con riferimento alle prove acquisite con le nuove tecnologie o formatesi con l'impiego dell'intelligenza artificiale. Il riferimento più importante è alle tecniche di riconoscimento facciale sfruttanti i dati biometrici degli individui. In assenza di precisi riferimenti normativi incentrati sul valore probatorio da assegnare all'IA, se ne evidenziano gli ostacoli di natura giuridica, i quali allo stato rendono il procedimento penale impermeabile all'ingresso dell'IA nella dinamica probatoria.

CAPITOLO I

LA COSTITUZIONALITÀ DELLA PROVA ATIPICA

1.1. La prova non disciplinata dalla legge tra modello accusatorio ed inquisitorio

Il diritto delle prove muta a seconda del contesto storico-politico. Si può dire che esso costituisca l’“ago della bilancia” nella bipartizione, necessariamente dottrinale, dei sistemi processuali: le modalità relative all’acquisizione e alla formazione delle prove permettono cioè una più netta caratterizzazione della dinamica processuale in senso accusatorio o inquisitorio.

Ne deriva, in prima istanza, che la possibilità sancita dal legislatore di rimettere al giudice le valutazioni in ordine all’ammissibilità di prove il cui iter formativo non sia disciplinato dalla legge, vale a dire quelle non espressamente tipizzate, possa apparire dirompente e indurre a chiedersi se non si verifichi una deroga al principio di legalità. La problematica diviene di rilievo specialmente se si tiene conto di come parte autorevole della dottrina abbia ritenuto l’istituto in parola mal interpretato ed utilizzato, il più delle volte, *contra legem*¹ quale “deriva inquisitoria” di prassi interpretative irrituali.

Nella relazione al progetto preliminare del c.p.p. del 1988, della quale si discorrerà oltre, a proposito dell’art. 189 si legge: «È sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell’accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell’investigazione, senza mettere in

¹ A. Bernaconi, *Prove*, in A. Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, III ed. Giappichelli, Torino, 2018.

pericolo le garanzie difensive». Da tale lettura sembra emergere da vicino la centralità dell’istituto nella definizione dell’ampiezza del cosiddetto “arsenale” a disposizione delle parti, in particolare di quella inquirente. Nello spiegare la ratio della norma, i legislatori ne evidenziano il fine nella necessità di evitare che i mezzi disponibili nella dinamica processuale risultino nel tempo troppo ristretti. Tuttavia, sembrano tener presente che l’arsenale tanto più è vasto — tale sarebbe nell’ipotesi di vigenza di un principio di non tipizzazione dei mezzi di prova — tanto più permetterebbe con semplicismi e, probabilmente, con insufficienti garanzie, di raggiungere il fine cui il processo tende: vale a dire proprio l’accertamento di una “verità”.

Ma cos’è la verità? la sua definizione va intesa quale ricerca in senso storico o in senso processuale? La risposta non risulta possibile se non in base alle possibili regole procedurali che condizionano il “*modo d’essere*” della prova, dalla quale poi deriva la caratterizzazione, in un senso o nell’altro, della verità.

Dell’avviso del perseguimento di una “verità in senso storico” era il codice di procedura penale del 1930 dove l’art. 299 imponeva al giudice istruttore l’obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione apparissero “necessari per l’accertamento della verità”. La norma in esame è frutto del suo tempo: va inquadrata nell’ambito di un sistema di tipo inquisitorio che, proponendosi di pervenire ad una *verità assoluta o materiale*, impone necessariamente il dispiegamento di mezzi istruttori più incisivi nella sfera delle libertà dell’indagato. Come noto, un sistema tendenzialmente inquisitorio persegue generalmente il fine superiore dell’interesse dell’autorità all’accertamento del fatto, alla conseguente punizione del reo ed al mantenimento dell’ordine pubblico e sociale. La commistione dei ruoli e delle fasi, esplicandosi nella sommatoria della funzione inquirente e di quella giudicante, fa sì che lo stesso soggetto che acquisisca gli elementi probatori ritenuti utili, generalmente in forma scritta, al contempo giudichi con il minimo contributo delle parti e della difesa. Non solo il giudice interviene attivamente nell’acquisizione delle prove, ma manca un vero e proprio contraddittorio, oltre ad essere ridotta la possibilità dell’imputato di conoscere preventivamente

l'esatta imputazione e le prove a carico². Appare pertanto conforme a questa logica che nei sistemi processuali del tipo di quello così delineato — dove, peraltro, predomina la totale segretezza dell'attività istruttoria — le regole concernenti la disciplina delle prove siano scarsamente individuate, non solo perché non necessarie, ma anche perché un'eccessiva regolazione probatoria costituirebbe un notevole intralcio al perseguitamento del fine ultimo dell'autorità: l'affermazione su una *Verità* ritenuta “storica”. Il codice del 1930 si inserisce in questo tracciato: prevale l'interesse alla conoscenza illimitata degli organi inquisitori a discapito delle garanzie difensive, queste ultime interpretate non quali dispositivi o strumenti a disposizione e a favore dell'inquisito — oltre che nell'interesse del giudice — ma quali segni della sfiducia verso l'autorità e lo Stato: elementi pertanto “*da sminuire ed estromettere*”³.

Un sistema di stampo accusatorio, al contrario, rifugge tale rigida ed autoritaria impostazione. In questo modello processuale, fondato sul presupposto gnoseologico per cui con nessuna assoluta certezza si ritiene possa sussistere una ricostruzione del fatto totalmente coincidente con la verità materiale, si preferisce approdare alla c.d. *verità processuale*. Secondo tale prospettiva, il rispetto di procedure predeterminate costituisce una condizione indispensabile e sufficiente a conseguire una verità intesa non tanto quale meta cognitiva assoluta e storicamente o scientificamente conseguibile per il tramite degli strumenti procedurali, ma quale risultato delle azioni compiute da tutti i soggetti che partecipano allo svolgimento di un giusto processo regolato dalla legge⁴. Una verità non assoluta, “*relativa*”, risultante dalla dinamica processuale a partire dalle allegazioni di entrambe le parti e frutto della c.d. *cross examination*, cioè di un contraddittorio davanti ad un giudice terzo ed imparziale, liberamente convinto non in ordine alla verità storica, ma alla “*verosimiglianza*” dei dati fattuali allegati dalle parti rispetto alla realtà. Il c.d. *thema probandum* passa quindi

² A. Banfi, *Acerrima Indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d. C.*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016.

³ F. Cordero, *Procedura Penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2012.

⁴ O. Mazza, *I protagonisti del processo*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

attraverso snodi procedurali rispondenti ai canoni garantistici stabiliti dalla legge. Canoni che investono anche le forme e le procedure che necessariamente limitano la gnoseologia del giudice e le possibilità offerte all'accusa di allegare quanto di interesse.

Da quanto affermato emerge, in sostanza, una questione di temperamento tra valori. Valori che mutano nella loro predominanza o recessione a seconda dello scopo che, in ultima istanza, lo Stato (inteso quale apparato, ma anche comunità) intende perseguire nello svolgimento e nella regolazione del vivere comune. La stessa forma di Stato risponde a tale scopo e, in base ad esso, risolve la modalità con cui scioglie il problema del rapporto tra autorità e cittadino. Tale dinamica trova riscontro nel temperamento di diritti e beni giuridici ritenuti parimenti meritevoli di tutela: assicurando allo stesso tempo, cioè, sia la tutela delle libertà, sia, per il tramite di un necessario bilanciamento, le altre esigenze di giustizia, di sicurezza e ordine pubblico; operazione che trova il proprio snodo finale nella sovrapposizione tra fattispecie astratta e concreta oltre ogni ragionevole dubbio.

Il tema della formazione e assunzione della prova, se sia disciplinata dalla legge o meno, e, in tale ultimo caso, con quali margini di scostamento dalla disciplina, o se non addirittura in assenza di essa, rende bene l'idea del necessario discriminio strutturale tra i due modelli. Nel processo di stampo accusatorio la prova si forma nell'ambito di una dialettica tra due antagonisti che verte sulle fonti apportate dagli stessi e di cui si dibatte in merito all'attendibilità. Innanzi a questa dialettica, il giudice forma il proprio libero convincimento⁵. Nel procedimento inquisitorio, al contrario, gli elementi di prova vengono raccolti all'esterno del processo e confluiscano direttamente nel fascicolo del giudice, il quale svolge un'attività tendenzialmente solitaria⁶.

In sostanza, è la prova il perno su cui si fonda quella distinzione fondamentale tra il *“Due Process of law”* (altrimenti detto *“giusto processo”*) ed il *“Crime Control Model”*. Il processo è, dunque, riconnesso

⁵ Froeb L.M. – Kobayashi B.H., *Evidence production in adversarial vs. inquisitorial regimes*, in *Economic Letters*, 70, 2001.

⁶ A. Banfi, *op. cit.*

⁷ H.L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev. 1 (1964) / https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol113/iss1/1.

sempre all'ideologia politica: così ha sostenuto M.R. Damaska quando ha ben evidenziato come il modello accusatorio ed inquisitorio, ribattezzati come “*modello paritario e modello gerarchico*”, corrispondano rispettivamente a differenti modelli di Stato: reattivo e attivo. Nel primo caso la macchina processuale si attiva laddove sia necessario dirimere una controversia ed assicurare la pacifica e ordinata convivenza tra i cittadini; nel secondo la giustizia è uno strumento volto alla realizzazione di un programma politico ed all’“*affermazione di una società dove l’interesse statale è preminente*”⁸. L’ideologia politica permea di sé la dinamica di formazione delle prove: esse sono tanto più “*libere*” quanto più ci si discosta dai canoni accusatori.

1.2. La prova atipica e la sua “costituzionalità” in rapporto al giusto processo

A questo punto della trattazione, pare opportuno soffermarsi, spinti anche da una dottrina piuttosto critica in materia, sull’interrogativo concernente una possibile dubbia “costituzionalità” della prova atipica in rapporto non solo ai diritti fondamentali, argomento di cui si tratterà oltre, ma anche in rapporto all’ingresso in costituzione del principio del “giusto processo”.

In effetti, al momento dell’entrata in vigore del nuovo codice del 1988, il giusto processo non aveva ancora trovato un’esplicita affermazione nel testo della Costituzione, ritenendosi “implicito” nelle statuzioni costituzionali dove il riferimento era in particolare all’art. 24 della Carta fondamentale.

Va osservato che un principio di stretta legalità processuale, che necessariamente deve estendersi alle dinamiche probatorie regolandone la formazione, richiederebbe, in qualche modo, anche un’affermazione in ordine alla “tassatività” dei mezzi di prova oltre che delle procedure di formazione delle prove, in un’ottica di maggiore garanzia nei confronti

⁸ M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. V. anche E. Dezza, “Pour pouvoir au bien de notre justice”. *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell’Europa del XVI secolo*, in Dir. pen. XXI Sec., 2002, n. 1, Cedam.

dell'accusato. Il fine dovrebbe essere quello di attribuire una forte determinatezza alle norme penali processuali. Il principio di determinatezza non solo dovrebbe evitare di attribuire al giudice un ruolo creativo, ma comporterebbe anche una maggiore conoscibilità delle regole processuali rendendo, pertanto, prevedibili le conseguenze cui va incontro l'accusato e garantendo, al contempo, la libertà di autodeterminazione del cittadino che potrebbe, quando agisce, correttamente prospettare le eventuali conseguenze giudiziarie delle proprie azioni.

Solo fatta questa premessa si comprende perché lo spazio di indeterminatezza apertosì riconoscendo la possibilità in capo al giudice di ammettere prove non disciplinate dalla legge apparirebbe un “concetto eversivo della legalità processuale” e, di conseguenza, del giusto processo regolato dalla legge⁹. Si pone dunque, nella sua interezza, il problema della conciliazione della mancata tassatività dei mezzi di prova con il principio del giusto processo, introdotto nell’articolo 111 della Costituzione con l. Cost. 23 novembre 1999, n. 2., attuata con la l. 25.2.2000 n. 35; un problema che, tuttavia, si è manifestato non solo sul piano della coerenza legislativa, ma anche su quello delle pronunce giurisprudenziali connotate da un carattere, paradossalmente, “elusivo” delle prescritte garanzie. La questione è stata poi ulteriormente ampliata dall'estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 189 c.p.p. anche ai mezzi di ricerca della prova e, dunque, alla fase delle indagini preliminari.

Accingendosi ad esaminare da vicino come si inserisca l'art. 189 c.p.p. nel quadro delle disposizioni costituzionali ed in particolare nell'ermeneutica del giusto processo, è interessante notare come l'art. 111 Cost sia stato riformulato proprio partendo dal dibattito tra legislatore e Corte costituzionale in merito alle funzioni del contraddittorio sulla prova: se cioè esso dovesse riferirsi alla prova già formata oppure riguardare ontologicamente il processo della sua definizione dialettica tra le parti contribuendo, di tal guisa, alla formazione del libero convincimento del giudice. L'originaria formulazione dell'art. 111 conteneva infatti la sola statuizione sull'obbligo motivazionale

⁹ O. Mazza, 2002, Diritto e difesa, *Critica della prova atipica nella deriva giurisprudenziale*.

generalizzato ed il riferimento al ricorso in Cassazione per giudizi di legittimità¹⁰.

Più nel dettaglio, la querelle si incentrò sul metodo di formazione delle prove. Secondo la Corte, suffragando una concezione soggettivistica del contraddittorio, era ammesso l'ingresso nel dibattimento degli elementi di prova emersi nella fase delle indagini preliminari, secondo il principio di non dispersione. All'accusato era dunque consentito solo confutare elementi probatori già acquisiti prima del dibattimento¹¹.

Quando nel 1997 il legislatore modificò l'art. 513 c.p.p. ponendo delle interdizioni all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese da coimputati nelle indagini preliminari, tale manovra incontrò il disfavore dei giudici penali, motivo per cui la modifica venne dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza 361/1998. Proprio innanzi a tale declaratoria nacque la sentita esigenza di un'ulteriore sforzo legislativo per l'introduzione esplicita nella carta fondamentale dei canoni del giusto processo con la correlata costituzionalizzazione del contraddittorio per la formazione della prova nel processo penale.

La nozione di giusto processo, — talvolta interpretata come “scatola vuota”, cioè come somma di principi già sanciti nella costituzione o introdotti ai commi successivi¹², oppure riconnessa in un'ottica giusnaturalistica ai diritti inviolabili di cui all'art. 2¹³ — non è intesa dal legislatore del 1999 quale “imperativo morale”: è “giusto”, letteralmente, il processo “secundum jus”, fedele, cioè, ad una disciplina formale che, trovando la sua origine nella Carta fondamentale, trova la propria espli-cazione nella legge. Esso impone che il processo non solo debba essere rispettoso dei limiti e vincoli di tipo procedurale stabiliti dalla legge, ma che debba anche, a monte, assicurare la tutela dei diritti e delle garanzie

¹⁰ Art. 111 previgente: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

¹¹ Ferrara, 1999, *Garanzie Processuali dei diritti costituzionali “giusto processo”*.

¹² P. Ferrua, *Il giusto processo in costituzione. rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e Giust.*, 2000, 1, 5.

¹³ Vigoriti, 1988, I; Di Chiara 1998.

individuali stabiliti dalla Costituzione quali la libertà personale, dominio privato, il diritto di difesa, ecc.¹⁴.

La formula ed i caratteri essenziali del “giusto processo” erano già impliciti nelle norme delle leggi di ratifica dei trattati e delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani. Da esse, tra l’altro, deriva la trasposizione italiana di “procès équitable”, espressione con cui viene rubricato l’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)¹⁵: ivi vi si elencano le principali garanzie dell’individuo le quali

¹⁴ Il problema della ricerca di un “giusto equilibrio” tra l’interesse del singolo e quello sociale, non è nuovo. Nella relazione che accompagnava il previgente codice di procedura penale, il ministro Alfredo Rocco espone uno dei principi cardine della filosofia giuridica penale fascista: il suo carattere “collettivo”. Egli afferma, in sostanza, di perseguire l’interesse superiore della nazione pur senza rinunciare alla tutela delle libertà del singolo, anzi garantendole nei confronti dello Stato e dell’autorità. Nella Relazione al c.p.p. del 1930, in Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia, Anno 71, domenica 26 ottobre 1930, Anno VIII, Numero 251 (Straordinario), p. 4447 si legge: «Così, la filosofia giuridica penale, che ispira la nuova opera legislativa, non è che una derivazione della filosofia giuridica generale del Fascismo. Filosofia, in verità, ben diversa da quella che fu propria degli encyclopédisti francesi a cui si ispirarono la rivoluzione del 1789, la dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, i codici penali del 1791 e del 3 brumaio anno IV e la stessa codificazione legislativa penale del primo Napoleone, che fu il modello a cui si attennero, per più di un secolo, tutte le altre successive legislazioni che dominarono all’estero e in Italia, non escluso il codice penale del 1889. I caratteri che distinguono l’una dall’altra filosofia sono principalmente in ciò che l’una è esclusivamente individualista, l’altra essenzialmente sociale o collettiva o statuale, in quanto che, pur evitando gli eccessi della statolatria, pur tutelando nei confronti dello Stato l’interesse della libertà individuale, tuttavia subordina tale interesse all’interesse supremo dell’esistenza e della conservazione dello Stato e impedisce che la libertà degli individui trascenda in licenza od arbitrio». La ricerca di un equilibrio che appaia “giusto” tuttavia, non si declina nel rispetto di procedure formali, ma si risolve nella sua ermeneutica quale concetto filosoficamente ammissibile: al diritto di difesa del singolo doveva corrispondere il “diritto di difesa dello Stato” consistente nella repressione e prevenzione dei reati al fine di garantire la vita in comune. Si legge ancora oltre nella stessa Relazione: «Il diritto di punire è, invece, secondo la concezione fascista (che in ciò si ricollega alla tradizione propria del Romagnosi e del Carmignani, ripresa, se pur talvolta con evidenti esagerazioni, dalla scuola criminale antropologica), null’altro che un diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo, analogo ma sostanzialmente diverso dal diritto di difesa dell’individuo e avente lo scopo di assicurare e garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune». Tale codice è sopravvissuto anche dopo l’adozione della Costituzione Repubblicana (arricchito di talune garanzie — vedasi il fenomeno del “Garantismo Inquisitorio” — ma strutturalmente invariato) fino all’adozione del nuovo codice nel 1988, che ha assunto una ulteriore portata innovativa dopo l’introduzione in Costituzione, con l. Cost. n. 2 del 1999 del principio del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione.

¹⁵ CEDU, art. 6 Diritto a un equo processo 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui