

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Ragioni dell'indagine: gli attacchi all'*habeas corpus* nell'era della globalizzazione. – 2. La chiave di analisi: la conformazione giuridica dell'*habeas corpus*. – 2.1. L'*habeas corpus* come regola nazionale e le sue manipolazioni legislative. – 2.2. L'*habeas corpus* come principio sovranazionale e le sue manipolazioni giurisprudenziali.

1. *Ragioni dell'indagine: gli attacchi all'habeas corpus nell'era della globalizzazione.*

Il processo penale conosce una deviazione che, nonostante il trascorrere dei secoli, si ripropone con costanza: la privazione della libertà delle persone per finalità diverse da quelle che sarebbero fisiologicamente perseguibili.

L'*habeas corpus* ne rappresenta, nell'ambito dei sistemi processuali più avanzati, la risposta. L'idea di fondo che lo sorregge è il divieto per il potere costituito di comprimere in modo arbitrario il diritto alla libertà personale. Una regola di civiltà che, peraltro, rappresenta il frutto di una faticosa evoluzione. Nonostante la retorica che, soprattutto nel mondo anglosassone, lo contraddistingue¹, non sempre l'*habeas corpus* è stato concepito come una garanzia. Recenti studi storici (il c.d. *New Habeas Revisionism*) mostrano come esso, nella sua originale configurazione britannica², mirasse principalmente al consolidamento del potere regio. La comparizione di fronte al *King's Bench* delle persone sottoposte ad arresto, in

¹ Non a caso definito il “*great writ*” da W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro III, cap. VIII.

² Si ha notizia del suo impiego almeno fin dal XIII secolo: cfr. J. FARBEY-R.J. SHARPE-S. ATRILL, *The Law of Habeas Corpus*, III ed., Oxford University Press, 2010, 2 s.

quest'ottica, era volta a permettere al sovrano di contestare i provvedimenti di privazione della libertà emessi dalle autorità locali³. Perlopiù non ne seguiva una discussione sulla presenza delle circostanze fattuali suscettibili di giustificare l'arresto; il *thema disputandum* era incentrato sulla competenza a disporre la misura⁴.

La dimensione garantistica dell'*habeas corpus* diviene preponderante solo nel XVII secolo⁵. In quest'epoca vengono meno i capisaldi dell'assolutismo monarchico e si pongono le basi per un sistema pluralistico, fondato sul bilanciamento tra i poteri e il riconoscimento dei diritti fondamentali degli individui. Progressivamente, la prassi applicativa supera la consolidata regola secondo la quale la corrispondenza a realtà dei fatti allegati a sostegno della privazione della libertà non poteva essere contestata⁶. Emerge l'idea della necessità di un'indagine da parte di un

³ Si veda in particolare lo studio di P.D. HALLIDAY, *Habeas Corpus. From England to Empire*, Harvard University Press, 2010, 11 s. Cfr. pure A. GREGORY, *The Power of Habeas Corpus in America. From the King's Prerogative to the War on Terror*, Cambridge University Press, 2013, 11 s.; J. HAFETZ, *Habeas Corpus after 9/11. Confronting America's New Global Detention System*, New York University Press, 2011, 81. Nella letteratura italiana v. G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2007, 112 s.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas corpus*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 941; G. COPPI, *Il writ di habeas corpus. Le origini del baluardo delle libertà civili*, in *Le Carte e la Storia*, 2009, vol. XV, 136 s.; R. GAMBINI MUSSO, *Habeas corpus*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, 59; V. PATANÉ, *Il writ di habeas corpus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 168 s.; V. TONDI, *Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni*, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, 11 s.

⁴ Lo dimostrava il fatto che il "return", ossia la giustificazione scritta richiesta dal *King's Bench* all'autorità che aveva disposto l'arresto, spesso si concretizzava nella sola menzione di quest'ultima: v. P.D. HALLIDAY, *Habeas Corpus*, cit., 48 s.

⁵ Risale al 1627 il celebre *Five Knights Case* (o *Seldon Case*), una vicenda in cui l'*habeas corpus*, invocato di fronte alla stessa giurisdizione regia, inizia a mostrare le proprie potenzialità garantistiche. Cinque nobili, arrestati dal *Privy Council* (il principale organo consultivo del sovrano) per evasione fiscale, avevano ottenuto un *habeas corpus* dal *King's Bench*. La controversia riguardava la necessità che il *return* indicasse anche i fatti a sostegno dell'arresto, o perlomeno le accuse contestate. Il *King's Bench* aveva alla fine accolto la tesi per cui, quando la privazione della libertà personale fosse stata disposta direttamente dal sovrano, il motivo dell'arresto non avrebbe dovuto essere espresso, dovendosi presumere che esso rispondesse all'interesse del regno. La trascrizione del caso è rinvenibile in *The Case of the Five Knights, before the Court of King's Bench*, in <http://www.constitution.org/eng/conpur008.htm>.

⁶ Si veda la ricostruzione di P.D. HALLIDAY, *Habeas Corpus*, cit., 51 s., 97 s. Cfr.

organo indipendente sull'esistenza dei presupposti storici dell'arresto, ascoltando i funzionari responsabili della custodia, acquisendo documenti e sentendo le ragioni dell'interessato⁷. Grazie a questa costante opera di perfezionamento da parte della giurisprudenza, l'*habeas corpus* assume i connotati che a noi sono più familiari, e che tuttora persistono⁸.

Muovendo da questa premessa, è possibile delineare il tema del presente lavoro, che verrà incentrato sull'*habeas corpus* inteso come vaglio di legalità dell'arresto o della detenzione⁹ delle persone sottoposte ad un procedimento penale.

Non è certo originale rilevare come l'*habeas corpus*, così inteso, sia da tempo oggetto di una mortificazione applicativa. È ben noto come, nella prassi, la carcerazione *ante iudicium* venga impiegata per obiettivi che non le sarebbero propri: finalità di tipo istruttorio, quando viene utilizzata per stimolare la collaborazione; o finalità di tipo punitivo, quando viene disposta per infliggere una pena anticipata, così da ovviare indebitamente ai ritardi che troppo spesso contraddistinguono la risposta penale nel nostro sistema¹⁰.

Non si potrebbe certo accusare il legislatore di avere ignorato queste

pure M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, 1993, 13 s.; V. PATANÉ, *Il writ*, cit., 169 s.

⁷ Cfr. P.D. HALLIDAY, *Habeas Corpus*, cit., 109 s.

⁸ V. R. GAMBINI MUSSO, *Habeas corpus*, cit., 58 s.; V. PATANÉ, *Il writ*, cit., 172 s.

⁹ La “detenzione” indica la costrizione a risiedere in un luogo determinato e delimitato, rinunciando forzatamente alle normali relazioni interpersonali, mentre l’“arresto” indica l’apprensione materiale di una persona e una conseguente costrizione analoga a quella determinata dalla detenzione, ma provvisoria e di durata limitata, eventualmente prodromica ad una situazione di coercizione di durata maggiore: cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, III ed., Giuffrè, 1984, 301 s.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, II ed., Cortina, 2009, 99. L’arresto e la detenzione vanno distinte dalle più blande restrizioni della libertà di movimento disposte per effettuare talune attività procedurali, quali l’identificazione, l’interrogatorio o i prelievi coattivi.

¹⁰ La tematica – sulla quale la bibliografia è vastissima – è riemersa in seguito alla sentenza-pilota Corte eur., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ed è stata oggetto del Convegno nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale svoltosi a Trento l’11-13 ottobre 2013. Gli atti del Convegno sono pubblicati in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Giuffrè, 2014.

distorsioni operative. Il codice di procedura penale ha predisposto un sistema cautelare che, in sé considerato, appare improntato al rigoroso rispetto della Costituzione e dei valori libertari che la ispirano. La l. 8 agosto 1995, n. 332 ha cercato di precisare meglio i presupposti applicativi della custodia in carcere e di rafforzarne il controllo giurisdizionale. Più di recente, nella stessa direzione si è mossa la l. 16 aprile 2015, n. 47, finalizzata ad un difficile *restyling* della disciplina capace di neutralizzare i reiterati abusi giurisprudenziali.

L'efficacia di interventi del genere continua, purtroppo, a rimanere dubbia. Quello che è certo è che tali riforme legislative hanno potuto fruire di un solido *background* scientifico, se si considera che la fisiologia e le patologie applicative della privazione della libertà *ante iudicium* sono già state ampiamente esplorate dalla letteratura.

Quale il senso, allora, della nostra indagine? La risposta sta nella circostanza che, nel mondo contemporaneo, l'*habeas corpus* non deve temere solo le prassi devianti che ne favoriscono l'aggiramento. Esso è sottoposto ad un altro tipo di attacco, forse meno analizzato ma altrettanto insidioso, che proviene, *in primis*, dallo stesso potere legislativo, per poi talvolta sfociare in un abuso giurisprudenziale.

Si allude alle manipolazioni della garanzia operate a livello non solo nazionale, ma anche europeo, le quali rappresentano il portato dei mutamenti tecnologici, economici e sociali dell'epoca della globalizzazione¹¹. Questi ultimi, per un verso, hanno condotto all'influenza pervasiva dei *mass-media* e dei *social network*, ed alla conseguente percezione distorta della sicurezza pubblica da parte della collettività, favorendo interventi normativi repressivi finalizzati a tranquillizzare l'opinione pubblica ma, in realtà, incapaci di conseguire il giusto temperamento fra i valori in gioco. La globalizzazione, per un altro verso, ha aumentato la frequenza e la gravità dei reati a dimensione sovranazionale; il che ha condotto l'Unione Europea ad allargare il potere di arresto transfrontaliero in un modo che, come era agevole immaginare, non si è rivelato privo di ripercussioni sulla protezione dei diritti fondamentali.

¹¹ Su cui v., in generale, S. CASSESE, *Il Diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, 1 s.; M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., annuali IV*, Giuffrè, 2011, 547 s.

2. La chiave di analisi: la conformazione giuridica dell'*habeas corpus*.

Per analizzare queste manipolazioni dell'*habeas corpus* è necessario adottare una chiave di indagine capace di misurarne le variazioni differenziandole a seconda del contesto – nazionale od europeo – in cui esse avvengono.

È qui che viene in gioco la conformazione giuridica della garanzia. In sé considerato, il concetto di *habeas corpus* non è privo di ambiguità. Che cosa significa che la privazione della libertà personale delle persone sottoposte a procedimento penale non deve essere arbitraria? Quali forme di controllo vanno adottate al fine del corretto bilanciamento degli interessi confliggenti? Al fine di rispondere a questa domanda, merita osservare come l'*habeas corpus* possa assumere due distinte morfologie, sulle quali verrà impostata l'intera trattazione: quella della "regola" e quella del "principio"¹².

2.1. L'*habeas corpus* come regola nazionale e le sue manipolazioni legislative.

Costruito come regola, l'*habeas corpus* si presenta come un insieme di prescrizioni imposte dai legislatori nazionali e dotate di tendenziale precisione¹³. È in questa forma che esso ancora oggi figura nel nostro sistema, trovando la sua matrice negli artt. 13 Cost. e 5 CEDU, ed esplicandosi nelle fattispecie che delineano i presupposti dell'arresto e della custodia cautelare, il relativo procedimento applicativo e i controlli esercitabili.

La conformazione della regola comporta che spetti al potere legislativo delimitarne la portata, dosarlo e limitarlo sulla base di un bilanciamento tra la protezione della libertà personale e i valori che entrano in conflitto con quest'ultima.

¹² Per uno dei primi usi di questa distinzione in ambito processualpenalistico v. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, 2000, 558 s.

¹³ Cfr. capp. I, II e III.

Ai fini che qui rilevano, l'*habeas corpus* così inteso è stato sottoposto, anzitutto, ad una riduzione nelle ipotesi in cui il legislatore italiano ha reso più agevole l'applicazione della custodia cautelare nell'ambito dei procedimenti per determinati gravi reati, istituendo delle presunzioni di presenza delle esigenze cautelari e di necessità della carcerazione¹⁴.

In alcuni ordinamenti esso è stato, inoltre, addirittura sospeso nei confronti delle persone sospettate di terrorismo, tramite la previsione di ipotesi di detenzione svincolate da un reale controllo giurisdizionale¹⁵.

2.2. *L'habeas corpus come principio sovranazionale e le sue manipolazioni giurisprudenziali.*

Configurato come principio, per converso, l'*habeas corpus* assume una forma più elastica, richiedendo di essere concretizzato ed adattato in ciascun caso da parte della giurisprudenza¹⁶. Ciò comporta che sia il potere giudiziario a delimitarne autonomamente la portata, bilanciando i valori in gioco senza la guida di precise fattispecie legislative.

La configurazione del principio assume oggi attualità perché è adottata dal diritto dell'Unione Europea, come emerge dai generici riferimenti all'esigenza di tutelare il diritto alla libertà personale rinvenibili nel sistema eurounitario.

Così costruito, l'*habeas corpus* è stato sottoposto a non poche manipolazioni giurisprudenziali nel settore della cooperazione giudiziaria, laddove la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo e la sua implementazione nell'ordinamento italiano ne hanno ridotto la portata garantistica a favore dell'obiettivo efficientistico della rapida consegna dei ricercati tra gli Stati dell'Unione¹⁷.

¹⁴ Cfr. cap. IV, sez. I e II.

¹⁵ V. cap. IV, sez. I e III.

¹⁶ Cfr. capp. I e V.

¹⁷ Cfr. cap. VI.

CAPITOLO I

L’HABEAS CORPUS COME REGOLA E COME
PRINCIPIO: I FONDAMENTI DOGMATICI
DELLA DISTINZIONE

SOMMARIO: 1. La rilevanza della distinzione fra “regole” e “principi” ai fini della costruzione delle garanzie processuali. – 2. Le garanzie processuali come regole: i bilanciamenti legislativi e l’ideale della fattispecie. – 3. Le garanzie processuali come principi: i bilanciamenti giurisprudenziali. – 4. L’antidoto della legalità contro la tirannia delle regole e l’indeterminatezza dei principi. – 4.1. La legalità come prevedibilità. – 4.2. La legalità come proporzionalità.

1. *La rilevanza della distinzione fra “regole” e “principi” ai fini della costruzione delle garanzie processuali.*

La contrapposizione fra l’*habeas corpus* inteso come regola e quello inteso come principio muove dalla fondamentale distinzione di teoria generale tra “regole” e “principi” elaborata negli anni sessanta del XX secolo da Dworkin¹, e successivamente perfezionata da altri studiosi².

¹ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Il Mulino, 2010, 48 s.

² In particolare da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Il Mulino, 2012, 101 s. V. anche, fra gli altri, G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir., annali IV*, Giuffrè, 2011, 756 s.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011, 73 s.; G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2011, n. 11, 75 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 147 s. Per l’impiego della distinzione in ambito penalistico cfr. P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, III ed., Zanichelli, 2012, 85 s.; R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, vol. II, Giuf-

Non è una distinzione incontroversa. Tanto è vero che viene intesa in un modo più “forte” e in uno più “debole”, tenendo conto della struttura, della finalità e del modo di funzionamento che le regole e i principi, rispettivamente, presentano³.

Dal punto di vista della struttura, nell’ottica della concezione “forte” si afferma che le regole consisterebbero in norme tali da applicarsi nella forma del “tutto o niente”⁴. Esse integrerebbero fattispecie chiuse, dotate di tendenziale precisione e suscettibili di enumerare in modo esaustivo i fatti capaci di produrre determinate conseguenze giuridiche⁵. Come tali, potrebbero immediatamente operare in ciascun caso concreto solo nel modo espressamente indicato.

I principi, per converso, non si applicherebbero nella forma del tutto o niente, ma del “più o meno”. Essi si presenterebbero come norme aperte e, quindi, dalla portata più generica, non idonee ad indicare in modo preciso fatti e relative conseguenze giuridiche⁶. Come tali, i principi si limiterebbero ad esprimere valori da rispettare, “precetti di ottimizzazione”⁷ da osservare per conferire un’accettabilità etica al sistema giuridico. In quanto indeterminati, inoltre, a differenza delle regole, non sarebbero suscettibili di immediata applicazione, ma richiederebbero la formulazione di ulteriori norme volte a concretizzarli, e che peraltro potrebbero attuarli in modi alternativi⁸.

Una seconda differenza poggerebbe sulla finalità, ossia sull’importanza dei valori sottesi a ciascuna delle due categorie. Si rileva, sotto questo profilo, che i principi mirerebbero a tutelare valori fondamentali, più importanti di quelli protetti dalle regole. Essi, in questo modo, non dovrebbero essere giustificati da altri principi, ed al contempo potrebbero, da soli, fondare la previsione di regole, mentre non sarebbe vero il contrario⁹.

frè, 2000, 558 s.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1105 s.

³ Per questa tripartizione v. G. PINO, *I principi*, cit., 95 s.

⁴ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 51; v. anche R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 73 s.

⁵ V. R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 75 s.

⁶ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 52; R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 76.

⁷ R. ALEXY, *Teoria*, cit., 106 s.

⁸ Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 77.

⁹ V. R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 74 s.

Un ultimo tratto distintivo concernerebbe le modalità di risoluzione dei conflitti suscettibili di nascere, rispettivamente, tra regole diverse o tra principi diversi.

I conflitti tra le regole sarebbero composti già in astratto, tramite la previsione di eccezioni: vale a dire di norme più specifiche tali da individuare fatti capaci di determinare effetti diversi da quelli previsti da ciascuna regola. In questo senso le regole sarebbero “indefettibili”: esse non ammetterebbero altre eccezioni rispetto a quelle esplicitamente introdotte¹⁰. In mancanza di eccezioni espresse, il conflitto tra regole non potrebbe che essere risolto attraverso l'applicabilità di una sola di esse, sulla base di criteri gerarchici: ad esempio, il criterio della prevalenza della regola posteriore, o della regola più specifica¹¹.

Al contrario i principi, grazie alla loro formulazione generica, sarebbero “defettibili”, nel senso di ammettere eccezioni implicite e, quindi, indeterminate. I principi in conflitto dovrebbero essere contemperati sulla scorta di un bilanciamento da effettuare in concreto. Ciascun principio possiederebbe un peso ed un'importanza da valutare caso per caso¹², sulla scorta dei dati fattuali capaci di giustificare la sua prevalenza in una determinata situazione. Non esisterebbe, dunque, un ordine gerarchico preesistente tra i principi: in ciascun caso, cambiando le circostanze storiche di riferimento, il bilanciamento potrebbe sortire esiti diversi¹³.

I fautori della distinzione “debole”, dal canto loro, negano la possibilità di differenziare le regole e i principi in modo netto sulla base delle caratteristiche appena enunciate. La distinzione, in altri termini, non sarebbe qualitativa, ma puramente quantitativa¹⁴.

Si rileva, così, che le norme giuridiche, in misura maggiore o minore, possiederebbero tendenzialmente una struttura aperta. Le norme formulate come regole precise rappresenterebbero un'esigua minoranza¹⁵.

¹⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 108 s.; R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 51.

¹¹ Si veda R. ALEXY, *Teoria*, cit., 109; R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 54.

¹² Cfr. R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 54.

¹³ V. G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, cit., 757.

¹⁴ In questo senso cfr. in particolare J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journ.*, 1972, 823 s.; v. anche G. PINO, *I principi*, cit., 89 s.

¹⁵ V. G. PINO, *I principi*, cit., 91.

Le regole – si aggiunge – sarebbero suscettibili di proteggere valori altrettanto importanti rispetto agli interessi tutelati dai principi. Esse, inoltre, specie se più generiche ed indeterminate, potrebbero giustificare la formulazione di regole più precise, proprio come i principi potrebbero trovare fondamento in altri principi¹⁶.

Anche le regole, infine, potrebbero essere bilanciate tra loro in ciascun caso concreto sulla base di eccezioni non espressamente previste, magari proprio mediante il ricorso a principi. Non tutti i principi, allo stesso tempo, dovrebbero essere contemperati tra loro. Alcuni di essi potrebbero essere sottratti al bilanciamento, qualora venissero considerati superiori ad altri¹⁷.

Per quello che rileva ai nostri fini, si può osservare che la distinzione fra regole e principi, anche se intesa in senso debole, consente comunque di focalizzare alcuni caratteri essenziali di ciascuna categoria, che risultano preziosi per contrapporre due modalità alternative di disciplina delle garanzie processuali¹⁸ e, quindi, anche dell'*habeas corpus*.

Queste altro non fanno che rispecchiare l'equilibrio tra il potere legislativo e il potere giudiziario esistente in ciascun sistema. La costruzione delle garanzie processuali come regole, più specificamente, poggia sulla previsione da parte di un legislatore¹⁹ – ossia di un organo fornito di diretta legittimazione democratica – di fattispecie di tipo astratto, intese ad indicare in modo preciso ed a priori i poteri e i doveri che spettano ai soggetti processuali²⁰. La costruzione delle garanzie processuali come principi, per converso, rende inutili le fattispecie legislative: il contenuto dei poteri e dei doveri processualmente rilevanti viene individuato dal giudice in rapporto a ciascun caso, sulla base di norme delineate in base alle peculiarità della situazione considerata.

¹⁶ Cfr. G. PINO, *I principi*, cit., 89.

¹⁷ V. G. PINO, *I principi*, cit., 91.

¹⁸ Si vedano le modellistiche proposte da R. ALEXY, *Teoria*, cit., 137 s.

¹⁹ Sul retroterra storico e filosofico dell'idea della riduzione del diritto alla sola dimensione della legge statutale v. da ultimo M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., annali VI*, Giuffrè, 2013, 377 s.

²⁰ Il che ha consentito di enucleare la figura dogmatica delle “situazioni giuridiche soggettive”, capaci, in un sistema fondato su fattispecie, di inquadrare tutte le situazioni processualmente rilevanti: cfr. la classica indagine di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, 1956, 64 s.

2. Le garanzie processuali come regole: i bilanciamenti legislativi e l'ideale della fattispecie.

Secondo la tradizionale impostazione del legislatore italiano per quanto concerne la repressione dei reati a dimensione strettamente nazionale, le garanzie processuali si presentano come regole, ossia fattispecie legislative dotate di una struttura condizionale²¹: la legge fornisce una descrizione ipotetica di taluni fatti posti come paradigma, al verificarsi dei quali discendono per i soggetti processuali doveri o poteri di tenere certi comportamenti²².

Le fattispecie e i conseguenti effetti devono rispondere al criterio di "legalità processuale"²³, il quale postula l'individuazione degli eventi storici che integrano la fattispecie e le situazioni giuridiche soggettive che ne derivano nel modo più preciso possibile.

È una conformazione che riflette la supremazia dei parlamenti nazionali. Grazie ad essa, solo questi ultimi hanno il compito di bilanciare

²¹ Si veda R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 44 s.

²² D'obbligo il rinvio a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, 1952, 40 s. V. anche, nell'ambito della letteratura processualpenalistica, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, 1955, 1 s.; F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 33 s.; più di recente, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999, 7 s.; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Cedam, 2012, 28 s.; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Aras, 2012, 16 s.

²³ Esplicitamente riconosciuto nel nostro sistema dalla formula del "giusto processo regolato dalla legge" ex art. 111 comma 1 Cost. In dottrina v., al riguardo, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 149 s.; E.M. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, 523 s.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 95 s.; O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1524 s.; D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3956 s.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, III ed., Utet, 2013, 38. Prima della modifica dell'art. 111 Cost. v. M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, 1978, p. 460 s.; N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989 s.; M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 s. Il canone della legalità processuale è esplicitamente riconosciuto anche da Corte eur., 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*.

le garanzie processuali e i sottostanti diritti fondamentali con i valori contrapposti, stabilendo in astratto a quali condizioni le prime debbano cedere a favore dei secondi²⁴. Non a caso è una conformazione che, storicamente, è adottata nei sistemi giuridici in cui il potere legislativo si è ormai consolidato, come è in particolare avvenuto con l'istituzione delle assemblee parlamentari dotate di diretta legittimazione democratica negli Stati moderni.

In un assetto del genere, i giudici sono tenuti a rispettare i bilanciamenti espressi dalle norme legislative anche quando non ne condividano l'esito. La tassatività delle fattispecie e dei loro effetti perimetra lo spazio dei giudizi storici e giuridici necessari per applicare ciascuna garanzia.

Il divieto di discostarsi dalle fattispecie, inoltre, assicura la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie²⁵: chiunque può ragionevolmente aspettarsi che, date certe condizioni, le garanzie processuali siano attuate in un determinato modo.

Nella sua assolutezza, peraltro, la configurazione delle regole non è agevole da realizzare. Anzitutto perché si fonda su una premessa che, come è noto, non ha resistito alla prova della realtà: l'idea dell'assoluta mancanza di margini di valutazione in capo al giudice nell'applicazione delle regole, espressa attraverso il noto meccanismo illuministico del "sillogismo perfetto"²⁶. Tale obiettivo, ben presto, si è rivelato utopistico, a causa della ineliminabile imperfezione delle fattispecie, ricollegabile alla congenita imperfezione del linguaggio. Lo testimonia la discrezionalità giudiziale consentita dagli accertamenti induttivi alla base della ricostruzione dei fatti, fondati sull'impiego di criteri di inferenza non

²⁴ Di qui la necessità dello scrupoloso rispetto delle regole; queste sono "certamente espressive di valori ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore; ma questi valori si 'consumano' in quelle regole nel momento stesso in cui la sovrana volontà della legge le ha create; esse vanno dunque applicate agnosticamente e rigorosamente in quanto tali, come un valore in sé": R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1655 s.

²⁵ V. M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Il Mulino, 1991, 58 s.

²⁶ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mursia, 1973, cap. VI: "in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena".

di rado incerti o in conflitto tra loro. A questa si aggiunge la discrezionalità che discende dalla indeterminatezza delle norme, rinvenibile specie laddove il legislatore si avvalga di concetti vaghi, magari per allargare l'area operativa delle proprie prescrizioni, oppure per realizzare compromessi fra esigenze diverse²⁷; un'imprecisione che in non pochi casi costringe il giudice ad una vera e propria creazione di ulteriori regole²⁸.

Al di là di questi ben esplorati fenomeni, la conformazione delle regole possiede un tratto degenerativo che assume la massima importanza ai fini della nostra ricerca. Il monopolio dei bilanciamenti fra i valori in gioco in capo al legislatore genera inevitabilmente il pericolo che i giudici siano costretti a rispettarne gli esiti anche quando risultino del tutto irrazionali o arbitrari. Un'evenienza che, storicamente, si è presentata nelle epoche più diverse, ogni volta in cui gli Stati hanno assunto caratteri autoritari, o comunque quando determinati gruppi di potere sono riusciti ad indurre gli organi legislativi a soddisfare i propri interessi a scapito di quelli dell'intera collettività.

3. *Le garanzie processuali come principi: i bilanciamenti giurisprudenziali.*

Ben diversa risulta la strutturazione delle garanzie processuali quando entra in gioco la conformazione dei principi; la quale, come vedremo, viene adottata dall'ordinamento dell'Unione Europea in materie in rapporto a cui la garanzia dell'*habeas corpus* assume estrema rilevanza.

Qui viene meno la necessità di rapportarsi a fattispecie astratte e, quindi, a bilanciamenti già effettuati a priori da un legislatore. Costruite come principi, le garanzie processuali vanno temperate con i valori contrapposti dal giudice in ciascun caso concreto²⁹, attraverso la speci-

²⁷ Sul tema dell'indeterminatezza del diritto si vedano, fra i molti, R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 399 s.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, 1990, 53 s.

²⁸ Cfr. per tutti G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, annali V, Giuffrè, 2012, 697 s.

²⁹ Tali da esprimere altri diritti fondamentali oppure beni collettivi. Riguardo a

ficazione di norme tali da fissarne le modalità di attuazione e le eventuali eccezioni sulla base delle peculiarità della situazione. In questo modo i principi, di per sé incapaci di orientare la soluzione delle controversie, finiscono con il generare regole di creazione giurisprudenziale³⁰: “le condizioni, alle quali un principio prevale sull’altro, costituiscono la fattispecie delle regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prioritario”³¹. Di qui una mutazione dello stesso concetto di legalità, la quale non viene più intesa come “corrispondenza” al diritto legislativo, ma assume la dimensione della “conformità dell’azione allo scopo”³², riproponendo in chiave contemporanea l’antico parametro dell’“equità”³³.

L’adozione di una conformazione del genere, tipicamente, ricorre laddove non vi è ancora un potere legislativo consolidato: basti pensare al sistema inglese nella sua configurazione originaria, contraddistinto dalla mancanza di forti organi legislativi e nell’ambito del quale è sorta la concezione tradizionale del *common law* inteso come diritto “non scritto” di matrice giudiziale³⁴. Ma essa riaffiora anche quando la forza impositiva del potere legislativo entra in crisi. È il caso, in particolare, degli odierni ordinamenti europei, nel momento in cui gli Stati cedono parti della loro sovranità al sistema dell’Unione; il quale, per l’appunto, si avvale dei principi allo scopo di esautorare la portata delle regole nazionali³⁵.

questi ultimi R. ALEXY, *Teoria*, cit., 127, usa ugualmente il termine “principio”, mentre R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 48 s., impiega il termine “policy”.

³⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria*, cit., 110 s.

³¹ R. ALEXY, *Teoria*, cit., 115.

³² Cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 420 s. V. anche, al riguardo, V. MANES, “*Common law-isation del diritto penale*”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 s.

³³ V. R.E. KOSTORIS, *Equità*, cit., 1654 s.

³⁴ Fotografata dalla classica trattazione di M. HALE, *The History of the Common law of England*, Nutt-Gossling, 1739, 44 s.

³⁵ Sulla “rivincita della *iusdictio* sul *gubernaculum*” che ne deriva v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 402 s. Cfr. pure C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1163, il quale rileva che “nell’area giuridica unitario-europea, un contesto come quello attuale, caratterizzato dall’incontro e dalla contaminazione tra l’universo giuridico sovranazionale e il diritto interno, ha a-

Si tratta, del resto, di una conformazione che ha l'indubbio vantaggio dell'elasticità, poiché permette di modulare l'attuazione delle garanzie a seconda delle peculiarità del caso. Una possibilità che, invece, non è concessa dalla maggiore rigidità delle regole legislative, le quali vanno osservate anche se determinano gerarchie dei valori in gioco non adatte a quelle specifiche circostanze.

L'elasticità dei principi, al contempo, genera un difetto speculare a quello che presenta la conformazione delle regole: l'attribuzione del monopolio normativo al potere giudiziario³⁶. Diventano così gli artefici delle garanzie processuali organi privi di legittimazione democratica, nella misura in cui i giudici, come è nella tradizione dell'Europa continentale, non vengano eletti dai cittadini, ma siano parte di un corpo burocratico. Un problema che si acuisce nelle democrazie occidentali contemporanee, imperniate sul pluralismo dei valori³⁷ e dove, pertanto, i bilanciamenti in molti casi non sono in grado di originare risultati oggettivi ed incontestabili, ma dipendono dalle specifiche preferenze del giudicante³⁸.

La conformazione dei principi rischia altresì di indebolire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni. Essa attribuisce a ciascun giudice la facoltà di individuare sempre nuovi assetti nel temperamento tra le garanzie processuali e gli interessi contrapposti. Evidente il pericolo che ne discendano norme instabili, incapaci di fissare modelli di comportamento anche per il futuro³⁹.

perto lo spazio a una radicale prevalenza dei principi sulle regole, stante l'assenza di un 'centro ordinante', di un 'totem' gerarchizzante e 'monopolista' equiparabile allo Stato, e dei tradizionali criteri ordinatori (la gerarchia e la competenza), che possano definire *ex ante* l'esito dei conflitti inter-ordinamentali".

³⁶ Sul pericolo, nei sistemi imperniati su principi e non su regole, che l'interprete ceda alla tentazione di letture fondate sulle proprie scelte di valore v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 34 s.

³⁷ Ormai avvertito come una irrinunciabile conquista: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, cit., 9.

³⁸ Cfr. G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, cit., 768.

³⁹ V. in particolare R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 525 s.

4. *L'antidoto della legalità contro la tirannia delle regole e l'indeterminatezza dei principi.*

Considerati i rispettivi difetti, difficilmente le due conformazioni potrebbero trovare attuazione senza adeguati meccanismi di controllo. Conferito interamente al legislatore oppure alla magistratura, il potere di creare le norme giuridiche rischierebbe di essere gestito in modo squilibrato.

Ciò spiega perché il nostro ordinamento sia orientato al rispetto di un valore supremo, che ne rappresenta una condizione minimale per la sua stessa sopravvivenza. Si allude al già menzionato principio di legalità, che la Costituzione riferisce non solo al diritto penale sostanziale (art. 25 comma 2)⁴⁰, ma anche al diritto processuale (art. 111 comma 1).

Senza dubbio la legalità trova una diversa declinazione a seconda dell'adozione della configurazione della regola o di quella del principio. Si allude alla sua dimensione formale, ossia alla necessità o no che le norme giuridiche rappresentino il prodotto di organi dotati di legittimazione democratica⁴¹: quest'ultimo è un connotato non universalizzabile, ma strettamente legato alla peculiare esperienza dei sistemi che, storicamente, hanno concentrato il potere normativo negli organi di tipo parlamentare. Una caratteristica che, nel nostro ordinamento, è suggellata dalla previsione del principio della soggezione del giudice alla "sola" legge (art. 101 comma 2)⁴².

Vi è, al contempo, un tratto di fondo comune, che costituisce il nucleo indefettibile del principio legalità, ed attiene al piano sostanziale: si tratta della capacità delle norme, a prescindere dalla fonte di origine, di concretizzarsi in regole dotate di un contenuto precettivo sufficientemente preciso e stabile da risultare prevedibili nella loro applicazione, nonché idonee a contemperare in modo equo i valori in gioco⁴³.

⁴⁰ Si veda Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, la quale lo include fra i principi "supremi" dell'ordinamento, posti a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo.

⁴¹ V. R. GUASTINI, *Legalità*, in G. PINO-V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, 2016, 138 s.

⁴² Cfr. O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2017, 7 s.

⁴³ V. G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. PINO-V. VILLA (a cura di), *Rule of Law*, cit., 218 s.

4.1. La legalità come prevedibilità.

Intesa come prevedibilità, nei sistemi di *civil law* la legalità ha trovato riscontro nel classico ideale di tassatività e determinatezza delle norme legislative. Un'esigenza che opera non solo per le norme penali sostanziali, ma anche per quelle processuali, e che deve quindi orientare la costruzione delle garanzie processuali.

Ciò non significa che gli ordinamenti imperniati sui principi non conoscano questo aspetto della legalità. Pur manifestandosi in modo diverso, esso è pur sempre presente. Lo testimonia l'esperienza degli ordinamenti anglosassoni, nell'ambito dei quali il diritto si è originariamente sviluppato come insieme di norme giurisprudenziali anziché come *corpus* di regole imposte da un legislatore⁴⁴. E indicazioni non molto dissimili provengono, come vedremo, dal sistema dell'Unione Europea.

In questi contesti, l'aspirazione alla prevedibilità delle decisioni emerge dall'operatività del "vincolo del precedente" (*stare decisis*), da cui discende, come è noto, il dovere di ciascun giudice di applicare per la soluzione del caso concreto le stesse norme (da identificare con l'effettiva *ratio decidendi* di ogni vicenda) adottate dagli organi giudiziari che si sono già pronunciati in casi analoghi, in particolare qualora si tratti di giurisdizioni superiori. È un obbligo che opera anche quando i precedenti appaiono ingiusti, salva l'eventualità dell'*overruling*⁴⁵. Esso verrebbe meno solo qualora il caso sottoposto a giudizio presentasse delle differenze rilevanti rispetto alle situazioni già decise (*distinguishing*)⁴⁶.

Nei sistemi che non prevedono regole legislative, il vincolo del precedente si rileva indispensabile per assicurare la certezza del diritto, perché fornisce un'adeguata protezione delle aspettative delle persone circa l'applicabilità di determinate norme in ciascun caso⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. per tutti U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Utet, 1992, 19 s.

⁴⁵ Nei sistemi anglosassoni, in base alla prospettazione più classica, l'*overruling* è consentito solo di fronte a precedenti manifestamente assurdi o ingiusti: W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Introduzione, sez. III. Secondo le impostazioni più recenti, i precedenti ritenuti scorretti vanno sottoposti a tecniche volte a mostrarne i difetti, ridurne la portata o, addirittura, superarli in rapporto ai casi successivi: v. U. MATTEI, *Common law*, cit., 235 s.

⁴⁶ Cfr. H.C. BLACK, *Handbook on the Law of Judicial Precedents*, West Publishing Company, 1912, 60 s.

⁴⁷ Cfr. M.R. DAMASKA, *I volti*, cit., 58 s. In riferimento specifico ai sistemi anglosas-

Al vincolo del precedente si aggiunge un altro meccanismo mirato a aumentare il tasso di precisione del diritto, il quale consiste nell'integrazione delle norme elaborate dai giudici con regole di matrice legislativa, volte a colmare le lacune ed, entro certi limiti, anche a mutare il diritto giurisprudenziale⁴⁸.

Anche tale possibilità si è concretizzata nei sistemi anglosassoni, laddove il *common law* si intreccia con lo *statute law*, ossia il diritto di emanazione legislativa⁴⁹. I termini del discorso, come vedremo, non mutano per il diritto dell'Unione Europea, il quale, a differenza del tradizionale diritto statale, non è il frutto dell'attività di un unico organo, ma il prodotto di più soggetti che interagiscono fra loro (la Commissione, il Consiglio, il Parlamento)⁵⁰. Qui l'ibridazione fra principi e regole emerge da un'alternanza fra clausole generiche che devono essere meglio specificate dalla giurisprudenza, specie con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, e norme più precise suscettibili di venire applicate senza nessuna integrazione.

Ne deriva un rapporto dialettico fra le norme giurisprudenziali e le regole legislative: un fenomeno che, nell'ambito dei rapporti fra l'ordinamento eurounitario e i sistemi nazionali, sta determinando un epocale mutamento di paradigma, in quanto favorisce la creazione di un assetto sovranazionale che sfugge alla tradizionale logica gerarchica di tipo piramidale per assumere una configurazione reticolare⁵¹.

soni v. U. MATTEI, *Common law*, cit., 215 s. V. pure A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, II ed., Giappichelli, 2014, 77 s. A ciò si salda l'esigenza che la norma giurisprudenziale sia formulata il più possibile in modo preciso: cfr. F. VIGNÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, 26 s.

⁴⁸ Cfr. R. ALEXI, *Teoria*, cit., 152 s., il quale parla di "forma mista o combinata" "regole-principi".

⁴⁹ Si vedano G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1985, 1 s.; U. MATTEI, *Common law*, cit., 249 s.

⁵⁰ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, 2017, 14 s.; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 410 s.

⁵¹ V. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 5 s.; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1181 s.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1109 s.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007, 189 s.

4.2. La legalità come proporzionalità.

La garanzia della legalità è completata da un altro tratto fondamentale che devono possedere le norme giuridiche, il quale si identifica nella loro capacità di realizzare bilanciamenti equilibrati fra i valori in gioco.

A questo riguardo viene in gioco una tecnica di razionalizzazione che, considerata nella sua ricostruzione teorica più compiuta ed articolata, si identifica nel giudizio di “proporzionalità”. Essa è nata nell’ambito dell’ordinamento tedesco⁵², ma risulta talmente duttile da poter offrire un metodo generale di controllo dei bilanciamenti anche negli ordinamenti fondati sul vincolo del precedente giurisprudenziale⁵³.

Il giudizio di proporzionalità consiste in un’analisi costi-benefici di ciascun bilanciamento⁵⁴, la quale, sia pure con terminologie non sempre pienamente coincidenti, viene articolata in una triplice verifica:

a) la norma adottata persegue un valore di rilevante importanza, riconoscibile come tale nelle fonti di rango sovraordinato del sistema considerato, ed è idonea ad offrire una reale protezione di quest’ultimo?

b) l’adozione di quella norma è strettamente necessaria, nel senso che non esistono alternative meno lesive per i valori contrapposti ugualmente capaci di soddisfare il valore perseguito?

c) ne risulta preservato perlomeno il nucleo essenziale del valore sacrificato, attraverso l’adozione di norme volte a compensare la restrizione (controllo di proporzionalità c.d. in senso stretto)⁵⁵?

⁵² Cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Cedam, 2012, 32 s.

⁵³ Si veda M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 143 s.

⁵⁴ Un’analisi che ha ascendenze antiche, come dimostra il libro VI *dell’Etica nicomachea* di ARISTOTELE.

⁵⁵ V., sia pure in ambiti diversi e con varie sfumature, R. ALEXY, *Teoria*, cit., 133 s.; M. CAIANIELLO, *Il principio*, cit., 12 s.; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, 2009, 31 s.; B. EMMERSON-A. ASHWORTH-A. MACDONALD-A.L.T. CHOO-M. SUMMERS, *Human Rights and Criminal Justice*, III ed., Sweet & Maxwell, 2012, 122 s.; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 804 s.; M. KLATT-M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, 7 s.; K. MÖLLER, *The Global Model of Constitu-*

Si tratta di un procedimento logico che, a livello di teoria generale, è oggetto di vivaci discussioni. Gli si obietta, principalmente, come esso rischi di indebolire i diritti fondamentali. Sottoposti al controllo di proporzionalità, questi ultimi perderebbero il loro *status* di superiorità, venendo posti sullo stesso piano di interessi di natura collettiva. Si aggiunge che il giudizio di proporzionalità è imperniato su valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, avendo la pretesa di misurare le differenze fra l'importanza di beni in realtà non suscettibili di un'esatta quantificazione. Il suo impiego, in questa visione, servirebbe unicamente a fornire una patina di oggettività a scelte di mero valore⁵⁶.

Sono critiche che ne colgono i limiti, e consigliano di maneggiarlo con la massima cautela. Non appaiono, però, sufficienti a suggerirne l'abbandono. Pur consentendo di restringerne la portata, il giudizio di proporzionalità suggerisce dei criteri operativi per evitare che i diritti siano oggetto di una compressione ingiustificata, comparandoli con i valori confliggenti tramite scale di preferenza non numeriche⁵⁷ che, per quanto non possano offrire dei risultati oggettivi, perlomeno forniscono delle chiavi di orientamento.

tional Rights, Oxford University Press, 2012, 178 s.; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., annali II*, tomo 2, Giuffrè, 2008, 196 s.; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1157 s.; J.S. SAMPAIO, *The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review*, in L.P. COUTINHO-M. LA TORRE-S.D. SMITH (a cura di), *Judicial Activism*, Springer, 2015, 139 s.; D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Nijhoff, 2010, 83 s.; J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *Cambr. Law Journ.*, 2006, 174 s. Taluni suddividono il controllo sulla rilevanza del valore perseguito e sulla capacità della norma adottata di realizzare quest'ultimo in due *test* distinti: così ad esempio K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the critics*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2012, 711 s.

⁵⁶ Si vedano T. ENDICOTT, *Proporzionalità e incommensurabilità*, in G. PINO-V. VILLA (a cura di), *Rule of law*, cit., 311 s.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012, 183 s.; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, 468 s.; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Can. Jour. Law Jur.*, 2010, 179 s.

⁵⁷ Per un'analisi filosofica della questione v. G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, 349 s.

In questo modo, pur non risultando in grado di portare a risultati inconfutabili⁵⁸, nondimeno l'impiego della logica della proporzionalità ha il pregio di conferire la più solida piattaforma possibile a ciascun bilanciamento, scandendone ed isolandone i momenti costitutivi, ed imponendo un obbligo di giustificazione per le limitazioni dei diritti fondamentali sulla base delle circostanze concrete⁵⁹.

Al contempo, permettendo di vagliare la ragionevolezza tanto delle norme legislative quanto di quelle giurisprudenziali, il giudizio di proporzionalità mira a riequilibrare i rapporti tra i poteri dello Stato⁶⁰, ed appare utilmente impiegabile ai fini della valutazione sia delle regole che dei principi⁶¹.

In rapporto alle prime, esso orienta il controllo della correttezza dei bilanciamenti legislativi che – secondo la nota teorizzazione di Kelsen⁶² – deve essere affidata alle Corti costituzionali nazionali⁶³.

Quest'ultimo è un vaglio che, inevitabilmente, determina una sovrapposizione di competenze⁶⁴. Nel nostro sistema, stando all'art. 28 l. 11

⁵⁸ V. J. RIVERS, *The Presumption of Proportionality*, in *Mod. Law Rev.*, 2014, 424 s.

⁵⁹ Cfr. A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, 1 s.

⁶⁰ Cfr., anche per maggiori approfondimenti, M. KLATT-M. MEISTER, *Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2012, 696 s.; ID., *The Constitutional Structure*, cit., 15 s.; K. MÖLLER, *Proportionality*, cit., 719 s.; J. MATHEWS-A. STONE SWEET, *All things in proportion? American rights review and the problem of balancing*, in *Em. Law Journ.*, 2011, 105 s.; L.B. TREMBLAY, *An egalitarian defense of proportionality-based balancing*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2014, 871 s. Per la dottrina italiana G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Rag. pratica*, 2014, 543 s. Sia consentito rinviare pure a M. DANIELE, *Testimony Through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, 194 s.

⁶¹ V. J. RIVERS, *The Presumption*, cit., 409 s. Cfr. pure F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado*, cit., 803: “dove c'è tipicità, le valutazioni di proporzionalità le ha già fatte il legislatore al momento della tipizzazione della fattispecie”.

⁶² V. in particolare H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, trad. it., Giuffrè, 1981, 171 s.

⁶³ Cfr. G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, cit., 759; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 396 s.

⁶⁴ Il tema, come è facile intuire, è molto dibattuto fra i costituzionalisti: v. per tutti

marzo 1953, n. 87, esso dovrebbe escludere “ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”. Lo stesso Kelsen aveva concepito la Corte costituzionale come “legislatore negativo”⁶⁵, finalizzato unicamente a stigmatizzare le scelte normative irragionevoli.

Ben presto si è compreso come questa visione rappresenti una finzione. Provvisi della facoltà di censurare le norme legislative, è gioco-forza che i giudici costituzionali travalichino le loro prerogative, in certi casi arrivando a sostituire le opzioni di organi eletti democraticamente⁶⁶ con le proprie preferenze di valore⁶⁷. Lo dimostra l’ampio ricorso alle c.d. sentenze manipolatrici adottate dai giudici costituzionali italiani, spesso giustificate attraverso la metafora della decisione a “rime obbligate”⁶⁸.

Il vaglio di costituzionalità delle regole legislative, ad ogni modo, ha il pregio di favorire una concorrenza fra i poteri dello Stato. Sullo sfondo sta l’idea liberale in base alla quale le competenze non vanno nettamente ripartite ma, sia pure parzialmente, sovrapposte, evitando il monopolio e, quindi, il rischio di abusi⁶⁹.

R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *www.rivistaaic.it*.

⁶⁵ Cfr. H. KELSEN, *La giustizia*, cit., 174 s.

⁶⁶ Sulla natura anti-democratica della Corte costituzionale v. R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 358 s.

⁶⁷ Nel senso dell’impossibilità della neutralità delle Corti costituzionali v. già C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it., Giuffrè, 1981. Tendenzialmente manca, del resto, un divieto per le Corti costituzionali degli Stati dell’Europa continentale di intervenire sulle questioni più strettamente politiche: v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, cit., 82 s.

⁶⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, 407 s. Cfr. anche Corte cost., 3 maggio 1990, n. 241. Spesso i connotati politico-discrezionali dei giudizi della Corte emergono tra le righe: v. ad es. Corte cost. 14 dicembre 1988, n. 1130, secondo cui “l’impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale” le scelte del legislatore “divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra” “anche nei giudizi di ragionevolezza”.

⁶⁹ V. R. GUASTINI, *La sintassi*, cit., 357 s. Cfr. anche la classica trattazione di A. HAMILTON, *The Federalist*, n. 78, 1788.

Ciò spiega perché nel nostro sistema il giudizio di proporzionalità, pur non espressamente contemplato dalla Costituzione, possa essere ritenuto implicito, contribuendo a definire il tasso di equità dei processi *ex art. 111 comma 1*⁷⁰, e risultando sovrapponibile al giudizio di ragionevolezza adottato dalla Corte costituzionale per sindacare la correttezza dei bilanciamenti legislativi⁷¹.

Non si allude, qui, alla ragionevolezza in senso stretto, identificabile con il controllo della coerenza intrinseca delle regole legislative alla luce del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*⁷², secondo il tradizionale schema analogico del raffronto con il *tertium comparationis*⁷³.

Il giudizio di proporzionalità va, piuttosto, accostato alla ragionevolezza intesa in un senso più ampio, come vaglio della razionalità estrinseca delle regole legislative rispetto ad un dato complesso di valori. Così concepita, la ragionevolezza si concretizza nella verifica della capacità di una data regola di tutelare in modo equilibrato un determinato valore a scapito di altri, tramite una serie di passaggi: il riscontro di una situazione di collisione tra il valore tutelato dalla regola ed altri beni fondamentali, la mancanza di chiari criteri di gerarchia e l'accertamento del fatto che la preferenza stabilita dal legislatore non sacrifichi in modo eccessivo i valori confliggenti⁷⁴. E non è difficile notare – nonostante che il linguaggio

⁷⁰ In questo senso v. A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, 167 s.: chi “accetterebbe un sistema nel quale i diritti, le libertà, i legittimi interessi (dell'imputato o di terzi) vengono sacrificati senza necessità? Chi chiamerebbe “giusto” un processo che comprime questi valori in misura superiore allo stretto indispensabile?”. “Nessun sistema autenticamente liberale potrebbe sopportare che la macchina processuale macinasse diritti altrui anche quando non è necessario o (ma in fondo, è la stessa cosa) in grado superiore al necessario”.

⁷¹ Si vedano, fra i molti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, 46 s.; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, 1976, 117 s.; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, 1985, 646 s.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, 1988, 147 s.

⁷² Cfr., fra le prime, Corte cost. 16 marzo 1960, n. 15.

⁷³ Così in particolare L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc dir.*, agg. I, Giuffrè, 1997, 905 s.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2002, n. 2, 115 s.

⁷⁴ V. in particolare Corte cost., n. 1130 del 1988: “il giudizio di ragionevolezza, lungi

adottato dalla Corte costituzionale al riguardo sia, a volte, promiscuo⁷⁵ – come queste verifiche finiscano per coincidere con i *test* imposti dal giudizio di proporzionalità⁷⁶.

Il giudizio di proporzionalità, inoltre, pur non statuito in modo esplicito neppure dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), è ampiamente utilizzato dalla Corte europea per stabilire se ed entro quali limiti certe restrizioni dei diritti fondamentali operate dagli ordinamenti nazionali siano giustificate⁷⁷. La possibilità del suo impiego discende espressamente dalle clausole di restrizione fondate sulla “necessità in una società democratica” contenute negli artt. 8-11 CEDU in rapporto al diritto alla riservatezza, alla libertà di pensiero, alla libertà di espressione e alla libertà di riunione; ma lo si può ritenere implicitamente operante anche in rapporto alla restrizione di altri diritti, come

dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti”. In dottrina cfr. M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 195 s.; R. BIN, *Diritti*, cit., 62 s. In rapporto al sistema penale v. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 30, il quale rileva che in base a tale accezione di ragionevolezza “è proprio la peculiarità del caso concreto (o meglio, del *caso tipologico*) che fa di volta in volta emergere” “un problema di bilanciamento tra principi o valori o esigenze in concorrenza, che la norma penale nella sua *sovra-inclusività* generale e astratta ignora”; V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 181 s.

⁷⁵ V. ad esempio Corte cost., 29 maggio 1995, n. 220, secondo cui il principio di proporzionalità rappresenterebbe “una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza”.

⁷⁶ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 4 s., in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, la quale chiama “giudizio di ragionevolezza e proporzionalità” il controllo sui bilanciamenti legislativi. Similmente, Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236; Id., 13 gennaio 2016, n. 23; Id., 13 gennaio 2014, n. 1; Id., 9 aprile 2013, n. 85.

⁷⁷ Per uno dei primi casi v. Corte eur., 23 luglio 1968, “*relativo ad alcuni aspetti delle leggi sull'uso dei linguaggio nell'educazione in Belgio*”, § 10 s. In dottrina v. M. CAIANIELLO, *Il principio*, cit., 9 s.; A.M. MAUGERI, *Fundamental Rights in the European Legal Order, both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2013, 387 s.

quello alla libertà ed alla sicurezza (art. 5) e quello all'equo processo (art. 6 CEDU).

Un'applicazione del giudizio di proporzionalità si trova, poi, alla base della tecnica della riserva di legge "rinforzata", utilizzata tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla Convenzione europea.

La più tradizionale riserva di legge semplice – usualmente prevista dalle costituzioni ottocentesche – è una mera norma di attribuzione della competenza⁷⁸, che si limita ad conferire al legislatore il compito di predisporre le norme da applicare in determinati settori. Essa non vincola in nessun modo l'azione legislativa, assimilando quest'ultima al potere dei sovrani nell'epoca dell'assolutismo⁷⁹.

Di qui il correttivo della riserva rinforzata, la quale impone non solo criteri di competenza, ma anche taluni contenuti prefissati, di natura positiva o negativa, che le norme legislative sono tenute a riprodurre sotto forma di regole o di eccezioni⁸⁰; assetti che, in quanto direttamente previsti dalla stessa Costituzione, necessiterebbero di un'ampia maggioranza parlamentare per essere mutati⁸¹, e che risultano tali da preconstituire, almeno in parte, i contenuti delle fattispecie, così da assicurare un'attuazione più equilibrata dei valori e da garantire gli interessi delle minoranze.

La riserva di legge rinforzata, in questo modo, pur non essendo in grado di determinarne automaticamente il risultato finale, ha l'effetto di condizionare l'esito di taluni dei passaggi del giudizio di proporzionalità⁸²: imponendo il perseguimento di determinate finalità, può arrivare ad orientare la soluzione del *test* della rilevanza dell'interesse perseguito; oppure, richiedendo l'adozione di certe garanzie, può contribuire a preservare il nucleo essenziale dei valori sacrificati nel bilanciamento⁸³.

⁷⁸ Cfr. R. ALEXI, *Teoria*, cit., 317.

⁷⁹ V. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, cit., 25 s.

⁸⁰ R. ALEXI, *Teoria*, cit., 311 s. parla a tale riguardo di "limiti costituzionali diretti".

⁸¹ V. G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, cit., 758 s.

⁸² Sull'incapacità delle riserve rinforzate di coprire tutti i momenti del bilanciamento, v. V. R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989, 1210 s.

⁸³ Vedremo come, in riferimento all'*habeas corpus*, la riserva di legge rinforzata che discende dagli artt. 13 Cost. e 5 CEDU esige che la privazione della libertà sia funzionale all'esigenza di evitare determinati pericoli, ed inoltre richiede la previsione di un accertamento giurisdizionale sulla presenza di taluni presupposti.