

**Autorità e libertà. Frammenti di storia e prospettive nuove\****Authority and freedom: fragments of history and new perspectives*

Filippo Giunchedi

Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Tensioni eterogenee. – 2. Le “chiavi di volta”: i principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 3. L’ombra del “diritto penale del nemico”. – 4. L’aspirazione al garantismo perduto.

**ABSTRACT**

Il rapporto tra autorità e libertà nel nostro ordinamento è sempre stato al centro del dibattito giuridico e politico, prevalendo, a seconda dei periodi, l’una o l’altra. Il saggio si propone di individuare nuovi equilibri.

\*\*\*

*The relationship between authority and freedom in our legal system has always been at the center of legal and political debate, with one prevailing over the other, depending on the period. The essay aims to identify new balances.*

**1. Tensioni eterogenee.**

L’instabile rapporto tra autorità e libertà individuali si pone, da sempre, al centro del dibattito in ordine alla prevalenza della ragion di Stato per il perseguimento degli interessi collettivi, sì da giustificare la recessione dell’autonomia dei singoli<sup>1</sup>.

Trovare il punto di equilibrio tra questi due aspetti non è compito agevole. Tralasciando la soluzione adottata in altre realtà giuridiche, è opportuno concentrarsi sul nostro Paese, ove la cultura dei “caminetti domestici” deve necessariamente conformarsi alle indicazioni ad alto valore sintomatico provenienti dalle *Grundnormen* sovranazionali e dall’interpretazione offerta dalla relativa giurisprudenza.

---

\* Testo, corredato delle note essenziali, della Relazione tenuta al Convegno «Riflessioni su autorità e individuo nel procedimento penale» organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali dell’Università degli studi G. D’Annunzio di Chieti-Pescara e dall’Ordine degli Avvocati di Chieti, tenutasi a Chieti il 23 novembre 2023.

<sup>1</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2781.

La soluzione sembra che sia da ricercarsi nel principio di proporzionalità da leggersi, però, nelle differenti declinazioni che ha assunto nel corso del tempo a seconda della matrice più o meno autoritaria del contesto in cui si è trovato ad operare, spostandone il baricentro ora verso la mera utilità, quando la compressione delle libertà risulta utile per realizzare la difesa sociale, ora verso la necessità, quando la limitazione della sfera individuale costituisce l'unico strumento per assicurare l'interesse pubblico.

Una simile affermazione potrebbe portare a sostenere, erroneamente, che la maggiore compressione dei diritti del singolo, trovi causa nella maggiore importanza dell'obiettivo perseguito a livello statale. L'ortodossa interpretazione del concetto di proporzionalità implica, però, l'impegno da parte dello Stato di realizzare gli scopi legittimi della giustizia penale con il minore sacrificio possibile per i diritti delle persone ad essa sottoposte<sup>2</sup>.

## 2. Le “chiavi di volta”: i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Prima di entrare *in medias res* con esempi concreti, può risultare proficuo ricordare come il tracciato giurisprudenziale della Consulta, custode dell'equilibrio tra questi contrapposti valori, non testimoni a favore di una particolare abilità del Giudice delle leggi nel dosarli, diversamente da quanto avviene in altri contesti giuridici come quello tedesco, ove la Corte costituzionale tedesca manifesta sicuramente una maggiore confidenza nel trovare l'equilibrio tra i principi fondamentali.

La nostra Corte costituzionale, infatti, tende a ripiegare verso un ibrido principio di ragionevolezza (arg. *ex art.* 3 Cost.), come nel caso della sentenza che ha eliminato il divieto per i detenuti sottoposti al regime carcerario differenziato *ex art.* 41-*bis* ord. penit. di cuocere cibi<sup>3</sup>. Il divieto anzidetto non risultando strumentale alla finalità di prevenire i contatti con il *clan* di appartenenza del detenuto, si palesava, quindi, come inutilmente afflittivo.

---

<sup>2</sup> D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale (Atti del XXXII Convegno Nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale. Salerno 25-27 ottobre 2018)*, Milano, 2019, 59.

<sup>3</sup> Corte cost., n. 186 del 2018, ove si legge che il divieto anzidetto risulta «privo di ragionevole giustificazione. In quanto incongruo e inutile alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva» (§ 4.5 del Considerato in diritto).

In altre occasioni, invece, la proporzionalità ha assunto i connotati della necessarietà in riferimento a strumenti fortemente incisivi della libertà – garantita dall'*habeas corpus* – come la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nella versione previgente dell'art. 275, comma 3, c.p.p. La norma – lo ricorderanno tutti – non distingueva, come è oggi previsto a seguito della l. 16 aprile 2015, n. 47, tra le ipotesi delittuose più pericolose di associazionismo sovversivo (art. 270 c.p.), terroristico anche internazionale (art. 270-*bis* c.p.) e di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e gli altri delitti inclusi nel predetto comma 3. Se ora per quest'ultima e più ampia categoria è ammessa la dimostrazione in ordine alla possibilità che le esigenze cautelari possono essere tutelate anche con misure diverse da quella di massima cattività, lo si deve all'apertura offerta dalla Corte costituzionale che proprio portando a massima espansione il principio di **necessarietà**, secondo quel concetto di *maximum standard* garantistico, ha spiegato che il sacrificio della libertà personale nelle sue differenti declinazioni può essere compromesso solo a fronte di *pericula libertatis* così elevati da non poter essere fronteggiati se non con strumenti di massima incisività, tali da rendere inoperante il minimo sacrificio necessario imposto, in via generale, dal legislatore<sup>4</sup>.

Proseguiamo con qualche altro esempio, non necessariamente legato ad interventi della Consulta. L'incalzare della tecnologia, che trova applicazione con sempre maggiore frequenza nel processo penale, tende a comprimere la sfera di libertà dell'individuo, soprattutto in fasi meno giurisdizionalizzate come quella delle indagini preliminari, con possibilità di effetti sananti in forza del consenso – il comma 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p. è esemplare – sulla cui legittimità occorre riflettere. In questa fase opera una proporzionalità da leggersi quale ragionevolezza in forza del rapporto sinallagmatico tra cedimento sul piano delle garanzie e benefici in termini sanzionatori<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte cost., n. 265 del 2010 – prima di uno sciame di pronunce garantiste che hanno poi flesso *pro libertate* il legislatore – che spiega come «ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti *a quibus*, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere» (§ 13 del Considerato in diritto).

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., n. 284 del 1990: «Esso costituisce pertanto il frutto di una scelta operata dal Parlamento, diretta, così come per quanto attiene gli altri procedimenti speciali del libro sesto del codice, attraverso la diminuzione dei giudizi da celebrarsi secondo il rito ordinario, al superamento di uno degli inconvenienti più gravi e lamentati della giustizia italiana, quello dei

### 3. L'ombra del "diritto penale del nemico".

Effettuata una breve disamina sui parametri generali utilizzati per determinare il valore prevalente nel rapporto tra autorità e libertà, spostiamo l'indagine sugli specifici indicatori, propri del rito criminale, ai quali ricorre il legislatore.

Tendenzialmente la gravità del reato rappresenta l'elemento nel cui segno viene regolato il rapporto predetto. Si tratta di requisito oggettivo, non legato alle fluttuazioni della politica, ma fondato su criteri di razionalità giuridica (è il caso delle misure cautelari personali, delle intercettazioni di conversazioni e di dati, etc.).

Sono, però, soluzioni non sempre soddisfacenti in quanto influenzate da elementi che fanno recedere le garanzie corrispondenti all'intrusione in determinati ambiti individuali, come il controllo giurisdizionale in ipotesi di restrizioni della libertà personale o delle comunicazioni, verso sagome modulari assistite da meno rigore. Si pensi, all'originaria possibilità, nella versione previgente dell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, di acquisire i tabulati del traffico telefonico solo mediante decreto del pubblico ministero, oppure, in una prospettiva più ampia, la tendenza ad inquadrare sul piano assiologico strumenti investigativi sempre più invasivi della sfera del singolo nell'ambito dei mezzi probatori atipici, rimettendo al giudice, piuttosto che al legislatore, la ponderazione circa la proporzionalità, con la conseguenza che il primo tende ad operare *legibus solutus*.

Un esempio per tutti. In ordine al captatore informatico, prima che intervenisse il legislatore con d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, le Sezioni unite avevano stabilito che il *trojan* di Stato operasse mediante «prescrizioni tecniche di utilizzo e limitazioni di ordine giuridico fissate dal giudice»<sup>6</sup>. Inevitabile constatare come a fronte dell'utilizzo di uno strumento di così micidiale

---

tempi di durata eccessivamente lunghi dei processi. «Indubbiamente l'innovazione del giudizio abbreviato» - si legge nella relazione al progetto preliminare - «crea una commissione tra decisioni processuali e trattamento sanzionatorio dell'imputato responsabile e questa commissione, per il nostro ordinamento, ha caratteri di assoluta originalità. L'innovazione, come si è detto, è determinata dalla finalità pratica di creare un incentivo alla richiesta di giudizi abbreviati da parte degli imputati, ed è certo che l'assenza dell'incentivo renderebbe l'istituto pressoché inutile» (§ 2.1 del Considerato in diritto).

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato.

intrusività nella vita privata degli individui la disciplina per un lungo periodo sia stata rimessa al giudice.

Insomma, pare stagiarsi una proporzionalità basata sul disvalore che scommette molto sugli interessi in gioco nel segno di quel “diritto penale del nemico” che può estendersi anche agli strumenti per realizzarlo, rinvenibili all’interno del codice di rito. Con buona pace per le garanzie.

È un aspetto questo che vulnera l’intero sistema, sol che si pensi come la Corte europea dei diritti dell’uomo abbia denunciato come in Italia, nella fase delle indagini, il cursore che si muove lungo la linea che congiunge autorità e diritti individuali scorre verso la prima proporzionalmente alla densità degli indizi a carico in spregio alla presunzione di innocenza, come è emerso nell’*affaire Brazzi*<sup>7</sup>.

Insomma, i criteri posti a base del test di proporzionalità nell’ottica strasburghese destano perplessità per un procedere a *slalom* tra altri valori fondamentali. Prova ne sia l’ipotesi di protezione dell’incolumità pubblica di fronte al timore di potenziali attacchi terroristici, ove la Corte ha derogato rispetto ad altri arresti strasburghesi più rigorosi nel bilanciamento tra autorità e diritto di libertà. In tal caso, ha ammesso l’adozione di misure di sorveglianza elettronica di massa (*bulk interception*) mediante un controllo indiscriminato, senza l’individuazione del “bersaglio” verso il quale indirizzare la ricerca. Un simile procedere, benché in precedenza i giudici europei avessero richiesto quantomeno l’adozione di *best practices*<sup>8</sup>, consente di privilegiare controlli indiscriminati giustificati dal livello di pericolosità del terrorismo con conseguente caduta di tensione garantistica<sup>9</sup>.

Maggiori presidi sono offerti dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea che richiede, nel rispetto della vita privata, la flessione di tutela dei dati personali solo nei limiti dello «stretto necessario»<sup>10</sup>.

Soluzione che, però, in linea generale, consente di affermare che anche a livello sovranazionale nella lotta al crimine prevalga la necessità di tutelare potenziali vittime rispetto al diritto alla libertà del singolo individuo. D’altro canto, la sicurezza della collettività restringe gli spazi occupati da altri valori che

---

<sup>7</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*.

<sup>8</sup> Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*.

<sup>9</sup> Corte eur. dir. uomo, 19 giugno 2018, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*.

<sup>10</sup> Corte Giust. UE, Gr. Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd., C-293/12 e C-594/12*.

sono destinati a soccombere nello scontro con la pretesa punitiva dello Stato, improntata com'è a tutelare la sicurezza dei cittadini.

#### 4. L'aspirazione al garantismo perduto.

In passato, a livello interno, il rapporto tra tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'accusato operava in un contesto più aperto<sup>11</sup> rispetto alla formalizzazione di talune garanzie che verranno recepite nel modello costituzionale di giusto processo. In tale contesto vi era un equilibrato contemperamento di valori e di interessi intorno ai due poli estremi della considerazione di non colpevolezza, da una parte, e il principio di obbligatorietà dell'azione penale, dall'altra. I valori che racchiudeva il principio di cui all'art. 27, comma 2, Cost. potevano ritenersi garanzie idonee a controbilanciare la prevalente impronta inquisitoria che connaturava il precedente ordito codicistico.

Il passaggio verso un modello accusatorio<sup>12</sup> e, successivamente, la proclamazione del principio del giusto processo con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha imposto di rivisitare questi equilibri, tanto che, nell'immediatezza, in letteratura, autorevoli voci sostenevano che un processo penale, per essere veramente giusto, non può permettersi di sacrificare sull'altare del garantismo la vittima, ovvero un processo compromesso sul piano dell'efficienza a seguito dell'utilizzo ad opera di una parte delle garanzie, indirizzate «non per contribuire al fisiologico svolgimento dell'attività processuale, ma per “non fare” il processo, mirando ad impedire che giunga ad un accertamento definitivo sui fatti e sulle responsabilità costituenti il *thema decidendum*. Nel qual caso è difficile negare che ci si trovi dinnanzi ad un vero e proprio abuso delle garanzie»<sup>13</sup>.

Sulla scorta di queste considerazioni, infatti, si pensava ad una terminologia che, evocando un garantismo potenzialmente dannoso per il processo, potesse mutare in favore di un giudizio consistente in garanzie *pas dosée*, ovvero dando luogo ad un processo criminale che, oltre ad assicurare – com'è doveroso – garanzie all'accusato, allo stesso tempo si preoccupasse del suo funzionamento

---

<sup>11</sup> Secondo l'immagine tracciata da V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, XIII.

<sup>12</sup> Fermo restando, secondo l'insegnamento di G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 330 ss., che non possa parlarsi in termini di purezza di un modello che abbia esclusivamente i tratti dell'uno o dell'altro.

<sup>13</sup> V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, cit., XX.

secondo canoni di efficienza. Si ipotizzava, pertanto, che *in action* potesse realizzarsi un processo giusto<sup>14</sup>.

Questa concezione è da respingere con forza considerato che le garanzie processuali si caratterizzano come garanzie di verità e di libertà<sup>15</sup>. L'imperativo dev'essere il recupero del garantismo che oggi ha il suo vessillo nel comma 1 dell'art. 111 Cost. secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Un principio che si è via via offuscato sulla scorta di una legalità stemperata dalla necessità di un efficientismo che, pur con varietà nomenclatorie, ha puntato a tutta prima sulla ragion pratica – quella empirica – del pregiudizio effettivo e dell'equità complessiva fondata sui rimedi compensativi i quali, spesso, soprattutto la prima, impongono una prova diabolica per far rifuggire dalla malevole presunzione di un abuso del diritto spesso frutto del risultato conseguito con l'iniziativa difensiva, come emerge nitidamente dagli snodi motivazionali delle Sezioni unite "Rossi"<sup>16</sup>.

D'altro canto, non è un mistero che negli ultimi decenni il sistema processuale penale abbia subito un'erosione delle garanzie individuali mediante un'involuzione inquisitoria che ne ha snaturato i tratti fondamentali.

Vi è stato un arretramento del baricentro nella fase delle indagini con il recupero/utilizzazione del materiale ivi raccolto, assunto al rango di *materialia iudicii* nel segno di vantaggi in termini sanzionatori, come precedentemente osservato in riferimento al rito abbreviato.

Le nuove sfide legate soprattutto alla giustizia riparativa depongono verso un consolidamento di tali prospettive le quali, oggi, vanno incrementando l'autoritarismo che può avvalersi di strumenti affilati come le intrusioni nella *privacy* a tacer dell'incombere dell'intelligenza artificiale e delle neuroscienze in generale.

Il punto, però, è se il rapporto tra autorità e libertà possa consentire uno squilibrio a favore delle esigenze generali rispetto a quelle individuali, intese come dignità e identità individuale.

---

<sup>14</sup> V., però, le antitetiche considerazioni alle quali pervengono altri autori, raccolte nel volume curato da G. CERQUETTI e C. FIORIO, *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova, 2002.

<sup>15</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 550.

<sup>16</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, in *Cass. pen.*, 2012, 2410.

La prima risulta maggiormente tutelata in virtù di richiami tanto alle *Grundnormen* sovranazionali che interne; la seconda, invece, merita riflessioni più approfondite in quanto, in ordine al valore assoluto dell'individuo, non dovrebbero registrarsi cedimenti, assai frequenti quando, invece, non meriterebbero compressione.

NOC