

EDITORIALE

ALFREDO GAITO - ELVIRA N. LA ROCCA*

**Vent'anni di “giusto processo”
e trent'anni di “Codice Vassalli”:
quel (poco) che rimane...**

Il contributo ripercorre, in occasione dell'anniversario dell'entrata in vigore del codice di rito penale, le vicende storiche che lo hanno attraversato, le modificazioni normative e, nello specifico, la riforma sul c.d. “giusto processo”. Un bilancio si mostra necessario alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali che si pongono in prospettiva opposta rispetto agli obiettivi del legislatore.

Twenty years of “fair trial” and thirty years of “Vassalli Code”: that (little) that remain

On the occasion of the anniversary of the entry into force of the Criminal Procedure Law, legislative changes and, in particular, the reform of the “fair trial” should be analysed. A balance sheet is necessary in the light of recent case-law which are contrary to the letter of the law and the Constitution

SOMMARIO: 1. Sovrastrutture retrospettive. - 2. “Il processo inquisitorio nel cuore”. - 3. Il recupero significativo ma incompiuto. - 4. Quel (poco) che rimane.

1. *Sovrastrutture retrospettive.* Due anniversari così importanti, coincidenza della storia, stanno trascorrendo in un insolito, assordante silenzio: quello dall'entrata in vigore del “nuovo” Codice di rito penale¹ e quello della Legge costituzionale sul “giusto processo”². Eppure, dopo trent'anni, anche le nuove generazioni, quelle che non hanno affatto vissuto le vicende che lo hanno attraversato, o che ne hanno conosciuto solo alcune, continuano a parlare di “nuovo codice”: viene sempre spontaneo, infatti, agli studiosi ma soprattutto alla giurisprudenza, uno sguardo retrospettivo teso sottolineare ciò che c'era prima e quanto è venuto dopo, la tendenza evolutiva di una nuova legge processuale rispetto ad un passato indimenticato, il passaggio ad un ineludibile cambiamento imposto dalla Costituzione.

Il codice “Vassalli”, primo ed ultimo codice dell'Italia repubblicana, ha generato sin dal suo esordio entusiasmi e malcontento al tempo stesso, malgrado avesse alle spalle un lavoro incommensurabile, impegnato ad individuare la giusta misura e l'equilibrio nel conflitto tra autorità e libertà visto con la lente dei diritti individuali sanciti nella Carta fondamentale. Non era più tempo di

* L'elaborazione delle idee è stata comune. La materiale elaborazione dei §§ 1 e 4 è di Alfredo Gaito; quella dei §§ 2 e 3 è di Elvira N. La Rocca.

¹ Il codice di procedura penale fu emanato col D.P.R. n. 447 del 22 settembre 1988 ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989.

² L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione).

tergiversare nella scelta di un modello, che doveva essere quello accusatorio³, innanzi alle insofferenze generate dai contrasti tra culture così diverse da non poter convivere, e che pure avevano individuato congegni ibridi che consentirono al Codice del 1930 di sopravvivere per più di trent'anni dal varo della legge del 1955⁴, in quella che fu definita, proprio per dar conto degli ibridismi, una stagione di "garantismo inquisitorio"⁵. La Corte costituzionale, con alcune pronunce fondamentali che ebbero a chiarire il portato del diritto di difesa nella sua dimensione consacrata nella Legge fondamentale, contribuì, in quegli anni, ad un'opera di "distruzione" dell'impianto rigido del codice inquisitorio⁶. Sul terreno della politica legislativa, la scelta di fondo emergente dalle novelle successive all'entrata in vigore della Costituzione, insomma, ebbe il pregio di riflettere un netto distacco dai moduli della procedura inquisitoria, assumendo il significato di una decisa sterzata verso la costruzione di un processo adeguato ad una società tesa a tutelare come valori non tangibili la libertà e la dignità dell'individuo, un processo degno dell'uomo, di stampo tipicamente accusatorio ed in linea con canoni di tale tipo⁷.

Chi ha avuto la costanza di concedersi momenti di quiete e di riflessione, ha sottolineato quanto sia importante ancora oggi conoscere e rivisitare radici storiche, tradizioni ideali, modelli teorici e presupposti scientifici di un itinerario tanto fruttuoso, quale quello che ha portato alla stesura travagliata del codice del 1989⁸. Nonostante le vicende di sofferenza che da subito lo hanno

³ L'approvazione della legge-delega 3 aprile 1974, n. 108, e la stesura del progetto preliminare di codice del 1978. La prima era più netta delle precedenti nel devolvere al legislatore delegato il compito di «attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio», sia pure secondo i principi ed i criteri distintamente elencati: la formula comparirà identica nella seconda, decisiva delega del 1987. Viene difatti abolita la fase istruttoria in quanto tale.

⁴ Con la riforma del 18 giugno 1955, n. 517, fu previsto, per una primissima traduzione nella legge ordinaria del diritto sancito nell'art. 24 Cost., la prerogativa dell'avvocato ad assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni e fu imposto al giudice istruttore l'avviso all'avvocato e poi il deposito dei verbali relativi a tali atti. Nel 1955, inoltre, entrava in vigore la L. 4 agosto 1955, n. 848, che recepì e rese esecutiva nell'ordinamento italiano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della salvaguardia delle libertà fondamentali. Questo aveva indotto la dottrina ad occuparsi dei rapporti che intercorrevano tra il codice di procedura penale e la Convenzione stessa, specie in quanto il primo, se anteriore, poteva ritenersi abrogato per incompatibilità. V. sull'argomento ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 12; successivamente nello stesso senso GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 522.

⁵ Da AMODIO, voce «*Motivazione della sentenza penale*», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181-257.

⁶ Cfr. Corte cost., n. 86 del 1968 e n. 148 del 1969; per l'ammissione della presenza dell'avvocato all'interrogatorio dell'imputato. V. Corte cost., n. 190 del 1970, nonché la L. 18 marzo 1971, n. 62; nonché Corte cost., n. 63 e n. 64 del 1972.

⁷ Così GAITO, *Onere della prova*, cit., 522;

⁸ Cfr. NEGRI, *Modelli e concezioni*, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 13 ss; v. inoltre *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio*, a cura di

interessato abbiano allontanato pressoché la scienza processualpenalistica da interessi e domande di tipo storiografico, oggi deve rimarcarsi come dietro quell'itinerario vi è stata una lenta ma forte presa di coscienza della necessità di imprimere alla regolamentazione processuale penale la finalità di proteggere e garantire i diritti della persona, di modo che l'imputato non fosse più lasciato in balia dell'autorità statuale, né il processo ridotto a strumento per l'attuazione di obiettivi politici contingenti⁹.

Unanimemente era maturata soprattutto negli studiosi l'idea per cui i principi costituzionali non lasciavano molto spazio alla possibilità di sopravvivenza d'un processo la cui struttura non era pensata per integrare appieno la tutela dei diritti individuali nella disciplina del codice: «tutt'altro. Quella conformazione rendeva bensì possibile accordare all'imputato il riconoscimento, spesso sterile o di facciata, di isolate garanzie, ma non si prestava ad essere riplasmata nell'ottica della indefettibile e prioritaria tutela dell'individuo voluta dalla Costituzione repubblicana»¹⁰. Furono proprio gli studiosi ad interagire, per la prima volta, con l'apparato di governo per imprimere la loro visione sulla formulazione della nuova disciplina del processo penale, incidendo sull'esito dell'iter legislativo. L'interazione dialettica tra accademici e politici fu una inedita ma «felice congiuntura»¹¹ che consentì ai giuristi di avere un ruolo senza precedenti nella storia italiana delle codificazioni.

In questa convergenza può cogliersi, ormai con consapevolezza, la fisionomia di un codice come processo, e non quale produzione legislativa che si è avvalsa di meri suggeritori e stimolatori di riforme, come era accaduto in passato. Per avvedersene è sufficiente cogliere l'analiticità delle direttive contenute nella Legge n. 81 del 1987, caratterizzata quasi da una ipertrofia generata proprio da quella dignità scientifica tipica degli esponenti di una cultura allineata ai valori espressi dalla Costituzione, dalle prescrizioni internazionali sui diritti dell'uomo, per come espressamente imponeva la stessa Delega.

È bello ricordare che il coraggio di realizzare la svolta traumatica¹² del ribaltamento del vecchio sistema processuale, quello inquisitorio, sia venuto proprio dall'accademia, lontana dalle reazioni emotive dell'opinione pubblica e

Negri, Pifferi, Milano, 2011, *passim*.

⁹ BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti di scienze politiche*, Padova, 1966, 179.

¹⁰ NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 33.

¹¹ AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., 343.

¹² AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 907.

da suggestioni conservatrici che avrebbero potuto, invece, appartenere agli apparati istituzionali.

I pilastri su cui avrebbe dovuto -e dovrebbe ancora oggi- reggersi il nuovo processo si erano individuati nella titolarità delle investigazioni affidata al pubblico ministero, privato della potestà di formare la prova utile per la decisione in solitudine; in un giudice che ne controllasse le attività e ne autorizzasse, al ricorrere dei presupposti, attività incidenti sulle libertà individuali; in un'udienza filtro di garanzia rispetto all'azzardo sull'indebito esercizio dell'azione penale; in rituali, solo eventuali, alternativi e differenziati rispetto al corso ordinario del processo; e, soprattutto, in un dibattimento come luogo di assunzione della prova, non previamente conosciuta attraverso verbali contenenti dichiarazioni predibattimentali, da utilizzare solo in ipotesi eccezionali.

Si sarebbe apprestata, attraverso il codice, una terapia contro il disordine¹³ nel settore delle prove, ed un ordine come condizione necessaria ed imprescindibile della conoscenza giudiziale¹⁴: una «forma di competizione ritualizzata»¹⁵ avrebbe potuto fornire al giudice lo schema del giusto argomentare, rinvenibile nel paradigma della motivazione della sentenza, ponendo limiti ad ogni sorta di soggettivismo incontrollato nella formazione del convincimento.

Al tempo stesso si sarebbe garantita l'imparzialità del giudicante nella fase dell'assunzione della prova e quella netta cesura tra fase procedimentale e processo che solo qualche anno dopo, tuttavia, avrebbe scatenato il «grido di dolore»¹⁶ dei magistrati che lamentavano la perdita dei poteri, e a cui non è rimasta insensibile la Corte costituzionale.

2. *“Il processo inquisitorio nel cuore”*. Qualcuno lo aveva predetto: «molti hanno il cosiddetto processo accusatorio sul labbro, ma il processo inquisitorio nel cuore»¹⁷. Pronunciato molti anni prima, “il monito è stato destinato a risuonare, subito dopo il varo del codice del 1988, come un'indovinata profezia”¹⁸.

Le ostilità generalizzate e diffuse nei confronti degli strumenti e delle soluzioni contemplate nel “nuovo” codice di procedura penale non hanno tardato a

¹³ V. A. GIULIANI, voce «Prova (filosofia)», in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, 518 ss.

¹⁴ Cfr. in tal senso DE LUCA, *Il sistema delle prove penale e il principio del libero convincimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1257.

¹⁵ Così ancora DE LUCA, *Il sistema delle prove*, cit., 1275.

¹⁶ Così AMODIO, *Affermazioni e sconfitte*, cit., 909.

¹⁷ NUVOLONE, *Dibattito*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 195.

¹⁸ Così NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 39.

manifestarsi, quasi che certi settori delle istituzioni dovessero essere immutabili, sempre identici a se stessi, a dispetto e contro l'evidenza di risultati tanto modesti da documentare per ciò solo il bilancio fallimentare di un'esperienza adatta certamente al mondo statico di una volta, ma che non aveva più senso e non l'avrebbe avuto neanche nel futuro¹⁹.

Che la cultura del nuovo codice avrebbe avuto difficoltà ad affermarsi in un ambiente tradizionalmente conservatore ed esposto, quindi, alla "sindrome della riforma"²⁰, era noto. Quello che però si auspicava come un malessere non più che passeggero è subito diventato "malattia cronica". In realtà, il momento dell'entrata in vigore del codice di rito -e ancora oggi tali considerazioni conservano attualità- è stato caratterizzato da una "domanda di cultura per un verso più vasta dell'offerta e per l'altro contenutisticamente variegata e contraddittoria"²¹. A tanto si è aggiunto che da qualche momento i giuristi del codice avrebbero perso la legittimazione ad interloquire con le istituzioni, essendo venuta meno la loro originaria posizione di "attori del processo di riforma"²². Si è trattato di circostanze che hanno reso possibile l'irrobustirsi del fronte dei nostalgici del rito inquisitorio, di quegli esponenti della magistratura che non avevano mai -e non lo avrebbero fatto neanche in futuro- accettato gli equilibri instaurati tra accusa e difesa dal nuovo sistema, forieri di una estromissione della prima dalla gestione della prova in sede dibattimentale. I noti incidenti di legittimità costituzionale, che hanno colpito al cuore il processo in senso accusatorio, aprendo una breccia sul fronte dell'oralità e del contraddittorio, hanno rappresentato il punto di avvio di una degenerazione fulminea ancora oggi inarrestabile, nonostante quel "nuovo" codice continui a sopravvivere tra gli interventi creativi della giurisprudenza che, di fatto, ne hanno svuotato contenuti e vitalità.

Dalle declaratorie di incostituzionalità degli artt. 500, 513 e, prima ancora, 195 c.p.p.²³ è derivata la caduta a precipizio dell'impianto garantito e fondato sulla impermeabilità del dibattimento alle conoscenze acquisite durante la

¹⁹ GAITO, *Cultura processuale e autocritica*, in *Il giusto processo*, 1990, n. 7, 309.

²⁰ GAITO, *Cultura del nuovo processo penale e sindrome della riforma*, in *Il giusto processo*, 1989, n. 1, 11; D. MARAFIOTI, *Le grandi manovre: chi ha paura dell'accusatorio?*, *ibidem*, 16; e ancora GAITO, *Cultura processuale*, cit., 311.

²¹ GAITO, *Cultura processuale*, cit., 314.

²² AMODIO, *Affermazioni e sconfitte*, cit., 914.

²³ Corte cost., nn. 24, 254 e 255 del 1992. E il conseguente *Commiato*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 16, 291 ss. e in particolare 295 «A questo punto, all'impegno diuturno e appassionato per il rispetto della natura delle funzioni, della sfera delle attribuzioni, della dialettica tra i poteri, subentra lo sconforto...».

fase preliminare e quindi formate fuori dal contraddittorio²⁴. Era ed è vero, d'altronde: dal processo inquisitorio o misto al processo accusatorio il cammino è faticoso. Non è vero l'inverso. Dal processo accusatorio all'inquisitorio il passaggio è agevole, lo si percorre rapidamente²⁵.

L'effetto paradossale di un codice creato per attuare i principi costituzionali, demolito dalla stessa Consulta, fatta di uomini che avrebbero dovuto attuarli e vigilare sul loro rispetto, ha rappresentato la sconfitta dell'accusatorietà nella lotta tra le ideologie che, a ben vedere, finivano per alimentarsi della stessa Carta di diritti e valori. Probabilmente, ad incoraggiare una visione riduttiva del contraddittorio era stato, senza intenzione, proprio il legislatore: l'ingiustificato spazio concesso a dichiarazioni segretamente raccolte nelle indagini preliminari, ma soprattutto la previsione di riti negoziali, quale antitesi del confronto pubblico e antagonista fra le parti, hanno potuto contribuire a screditare il profilo pubblicistico del contraddittorio come tecnica di accertamento²⁶.

Gli squilibri che si sono innestati nell'articolato dell'88, anche attraverso la legislazione speciale d'urgenza²⁷, hanno comportato l'insinuarsi del sistema inquisitorio su quello accusatorio, con effetti non per questo meno devastanti, dovuti proprio allo "sconvolgimento di un sistema ad opera di altro sistema"²⁸. Ha iniziato a farsi strada il populismo giudiziario, animato anche dalle vicende poco felici che, per la loro efferatezza, hanno colpito l'animo della collettività ed incentivato quell'esasperato, forse comprensibile, bisogno di sicurezza che qualsiasi classe politica avrebbe potuto sfruttare mettendo mano proprio al codice di procedura penale.

Del resto, è risaputo: tra l'esigenza di giustizia filtrata dalla logica e il nudo istinto di vendetta, la storia è sempre al bivio tra l'una e l'altro. Basta un nulla perché dall'una si precipiti nell'altro, e questo nulla risiede nella coscienza morale dell'individuo, mantenere illesa la quale è l'unica fragile condizione che ha la vita umana di sopravvivere²⁹. A ben guardare, e mai come oggi con-

²⁴ Così NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 46.

²⁵ FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1455.

²⁶ "Un legislatore che pretende di affidare gran parte del carico penale a riti dove si decide sulla base degli atti direttamente compiuti dall'accusatore non mostra di tenere in gran considerazione il contraddittorio come tecnica di accertamento. Così FERRUA, *La sentenza*, cit., 1466-1467.

²⁷ Si ricordi per tutte, all'insegna del degrado del sistema, il D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (poi convertito nella Legge 7 agosto 1992, n. 356), che ha potenziato l'efficacia dell'attività investigativa favorendo l'uso in dibattimento dei relativi risultati senza i quali sarebbe stato difficile giungere a decisioni di condanna.

²⁸ Così FERRUA, *La sentenza*, cit., 1456.

²⁹ Esemplamente CAPOGRASSI, *Il "quid ius" e il "quid iuris" in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*,

viene sottolinearlo, l'emozione collettiva è certo un fatto di grande rilievo, che crea in capo agli organi istituzionali un obbligo di riflessione, il filtro della logica appunto. Sulle onde emotive non possono mai fondarsi modifiche strutturali del sistema, non meditate, le cui conseguenze prima *facie* sfuggono. Gli obiettivi di politica criminale non possono realizzarsi intervenendo sul processo, che altro non è se non metodo, da mantenere neutro e finalizzato all'accertamento del fatto³⁰.

3. *Il recupero significativo ma incompiuto.* La volontà di ripristinare certi equilibri stabili tipici del sistema inquisitorio ha rappresentato un'eredità troppo preziosa per potervi rinunciare. Solo settorialmente, negli anni Novanta si è tentata una razionalizzazione del sistema nel paragone con i principi costituzionali, che si è tradotta in alcuni interventi legislativi troppo settoriali per poter parlare di effettivo ritorno ai corollari tipici dell'accusatorietà³¹. E così, come è a tutti noto, è stato necessario inserire il "giusto processo" ed il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Legge fondamentale: solo così sarebbe stato impossibile percorrere la strada degli incidenti di incostituzionalità per distruggere il metodo adottato dal legislatore del 1988. L'integrazione particolarmente cospicua, quantitativamente e qualitativamente, dell'art. 111 Cost., data dalle previsioni riecheggianti quelle formulate nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha tradotto l'intenzione del legislatore costituzionale di fare del contraddittorio l'elemento nucleare della giurisdizione³² e, al tempo stesso, ha recepito la scelta fondante di un codice che aveva voluto un metodo preciso per la ricostruzione dei fatti e della responsabilità penale.

È infatti al processo penale che il riformatore costituzionale ha dedicato maggiore attenzione con il proposito di assicurare il più alto tasso di dialetticità nell'accertamento, per scongiurare, probabilmente, il riprodursi dell'eversione già verificatasi in un passato non troppo lontano e gli sconfinamenti della Consulta da direttive metodologiche tanto precise, quanto a volte scomode, ma di certo non adattabili né derogabili se non entro le

1948, 62; v. anche DI CHIARA, *Libertà globale e valori della persona: linee problematiche del codice del 1988*, in *Il giusto processo*, 1991, 97 ss.

³⁰ Cfr. DI CHIARA, *Libertà globale*, cit., 101.

³¹ Cfr. ad esempio la L. 8 agosto 1995, n. 332, in materia di libertà personale e la L. 7 agosto 1997, n. 267, sull'uso probatorio delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari senza il confronto dell'imputato con l'autore delle dichiarazioni stesse.

³² FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, 55; successivamente GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, *ivi*, 2001, 1130.

maglie strette di eccezioni, sempre contemplate nella Carta fondamentale. Il paradigma ha voluto imporre che la prova si formi nel contraddittorio. In alcune ipotesi tassativamente previste se ne può prescindere, ma in ogni caso non può essere affermata la colpevolezza di un soggetto sulla base delle dichiarazioni rese da chi si è deliberatamente sottratto al confronto dialettico con quest'ultimo. È stato questo il risvolto necessario d'una formula tanto categorica³³ da rendere la fase dibattimentale impermeabile alle contaminazioni derivanti dal materiale raccolto unilateralmente nelle fasi anteriori.

In altre parole, l'art. 111, co. 4, Cost. ha posto un'implicita regola di esclusione, volta a bandire l'uso come prova dei fatti oggetto del processo, ai fini della sentenza di merito, di elementi generati al di fuori di quel tipo di contraddittorio che vede contestualmente impegnate entrambe le parti nel trarre dalla fonte i risultati a sé favorevoli³⁴. Accanto a questa, che è la fattispecie "primaria", ve ne è stata posta una "vicaria"³⁵ che per realizzarsi, tuttavia, ha bisogno di un fatto processuale³⁶ - consenso dell'imputato, impossibilità sopravvenuta e condotta illecita - bisognoso di essere accertato ed in mancanza del quale non è consentita nessuna fungibilità tra atto della fase preliminare e prova, strumenti differenti e dai risultati non intercambiabili.

Basti questa descrizione grossolana per far rivivere il senso del recupero ad opera della Costituzione dell'accusatorietà del rito penale. Ma conviene subito avvertire come la riscrittura dell'art. 111 Cost. abbia di certo posto fine ad una fase di riflessione sul processo, aprendone un'altra nella quale si sarebbero dovute abbandonare le differenze ed i paragoni con la vecchia tradizione. E non può certo dirsi, decorsi due decenni, che l'abbandono delle metodologie obsolete sia giunto ad una maturità che il tempo, solo questo, avrebbe potuto imporre.

La Costituzione dovrebbe rappresentare per gli operatori del processo la linea di orizzonte. Seppure le riflessioni astratte e le proposte politiche di trasformazione possano ben spingersi al di là di quella linea, saggiarla e persino forzarla, per immaginare come migliori e desiderabili i metodi che si estendono al di là dei suoi confini, il giurista dovrebbe collocarsi sempre all'interno dell'ambiente delimitato dalla Carta fondamentale. E che così non sia stato e non sia per molti, e sempre di giuristi si tratta, è una presa d'atto tanto dolorosa quanto obbligata decorsi vent'anni da quella riforma. L'ostilità verso il

³³ NEGRI, *La disciplina costituzionale*, in *Fondamenti*, cit., 144.

³⁴ Cfr. Corte cost., n. 36 del 2002; al proposito cfr. NEGRI, *La disciplina*, cit., 145.

³⁵ Cfr. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., 1131.

³⁶ Cfr. E. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali penali*, in *Ind. pen.*, 2002, 550.

paradigma migliore per l'accertamento giurisdizionale non è ancora tramontata, sta guadagnando campo in modo più o meno silenzioso, in un divenire di concetti che fanno registrare sensi d'estraneità a chi in quel modello ha creduto, lo ha idealizzato per la sua potenzialità garantistica di metodo in grado di produrre una decisione giusta, e ne deve prendere contezza, invece, per l'esatto contrario di quanto sta scritto. Qualcuno avrebbe parlato di "*living Constitution*", a fronte di quella "ormai di carta"³⁷. Ma si sa che la bontà di una norma o di un indirizzo giurisprudenziale, ma anche di un principio, non possono essere valutate solo per la loro coerenza con altri principi astratti, se poi questi vengono disattesi nella quotidianità. La procedura penale è "una scienza pratica"³⁸ che solo nel momento di vita delle norme e dei principi consente di valutare la fattibilità di certe soluzioni, con esiti variabili in base ai diversi contesti storici e politici.

Sempre per coincidenze strane, sull'assetto costituzionale formalmente immutato, in vent'anni di giusto processo si sono innestate altre esigenze, devianti rispetto al senso ed al fine che il metodo ed il principio del contraddittorio si premuravano di perseguire. Per un verso, i forti bisogni securitari e di tutela dell'offeso del reato hanno creato il bisogno di bilanciare i diritti dell'accusato con le prerogative di protezione, fuori e dentro il processo, della vittima. Si è trattato di un bisogno avvertito ed imposto dalla "piccola ma anche dalla grande Europa"³⁹, che ne ha rafforzato le garanzie e le prerogative autorizzando la giurisprudenza interna a compiere bilanciamenti tra valori necessariamente confliggenti. Cosicché, proprio per quel concerne il metodo di formazione della prova, è stato agevole rinvenire nell'esigenza di tutela della vittima un fattore di apertura di nuovi varchi per un'attività di costruzione e ricostruzione del diritto oggettivo⁴⁰.

³⁷ NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo- teoria dello Stato- epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 32.

³⁸ V. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, cit., 71-72.

³⁹ MAZZA, *La procedura penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 33 ss.

⁴⁰ Delle compensazioni operate dalla Corte di Strasburgo tra i diritti dell'accusato, un tempo prevalenti rispetto alle esigenze di difesa sociale, ed interessi diversificati a quest'ultima riconducibili (Corte EDU, Gr. Ch., 15 dicembre 2011, Al- Khawaja e Tahery c. Regno Unito; Corte EDU., 31 luglio 2014, Jannatov c. Azerbaijan; Id., 27 febbraio 2014, Lucic c. Croazia) ha tratto profitto la giurisprudenza interna nell'utilizzazione di prove formate fuori ed oltre il contraddittorio ed il confronto tra accusato ed accusatore, con degradazione delle regole di esclusione in regole di valutazione dei dati gnoseologici per far salvo l'esito iniquo della condanna basata su prova unica e determinante. Cfr. Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, F., in *Mass. Uff.*, n. 251660. V. da ultimo anche Corte di Giustizia UE, 29 luglio 2019, C-38/18 che, in caso di mutamento del collegio giudicante, rimette al giudice la valutazione circa l'opzione di riascoltare, nel rispetto dell'art. 525 c.p.p., le dichiarazioni della vittima innanzi al nuovo collegio, pur

Un altro fattore preoccupante è quel continuo bisogno di efficienza, forse fisiologico innanzi alle lungaggini provocate dal rispetto delle regole, ma non certo dall'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, che quelle regole ha interesse a che si rispettino. Si tratta di un fattore da tempo foriero dell'espansionismo giurisprudenziale e della crisi di una delle idee che trova nel diritto penale e processuale penale il suo campo privilegiato di riferimento: quella di legalità. Le denunce della sua caduta animano ormai il pensiero di studiosi ed operatori: chi più e chi meno bene avverte il bisogno di sottolineare quanto siano varie le incarnazioni del diritto processuale penale applicato in questi anni, lontane dalla norma, mosse da finalismi⁴¹ di giustizia del caso singolo, malgrado l'esistenza di una legge processuale positiva non ignorabile, né sovvertibile a piacimento di chi ha la funzione di *ius dicere*, quali che siano le sue valutazioni circa l'irrazionalità o l'immoralità di quanto vi si trovi scritto⁴².

4. *Quel (poco) che rimane*. "Giustizia per principi e valori costituzionali senza fattispecie, principio di legalità obsoleto, richiami ormai *naïf* alla lettera della legge, dogmatica *floue*, accertamento del fatto di reato da conformare ai desiderata della collettività per poterne ottenere consensi"⁴³. Esce aggravato questo quadro, già messo in luce da qualche tempo. Oggi, il senso di vuoto e di squilibrio è forte, solo che si tenga conto dei più recenti ed eclatanti attentati al metodo costituzionalizzato e prescelto dal codice accusatorio.

Non si ritrova, negli scenari attuali ed in quelli già preventivabili, tutto ciò che era stato vissuto come componente o obiettivo importante di un corretto sistema penale: "regole precostituite del punire, processo in funzione di mero accertamento e non come arsenale e strumentario per controlli sociali atipici, certezza probatoria e non già prove sociali"⁴⁴. Se probabilmente qualche tem-

evidenziando che gli articoli 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale, nel caso in cui la vittima di un reato sia stata sentita una prima volta dal collegio giudicante di un organo giurisdizionale penale di primo grado e la composizione di tale collegio sia successivamente mutata, detta vittima deve, in linea di principio, essere nuovamente sentita dal collegio di nuova composizione qualora una delle parti nel procedimento rifiuti che detto collegio si basi sul verbale della prima audizione di detta vittima.

⁴¹ È inevitabile pensare alle erosioni della tassatività delle patologie, all'abuso del processo, alle forme di inammissibilità delle impugnazioni la cui declaratoria è rimessa alla discrezionalità del singolo giudice perché ancorata ad una fattispecie normativa indeterminata.

⁴² CHIAVARIO, voce «*Diritto processuale penale*», in *Enc. dir.*, 2016, 301.

⁴³ Così già evidenziava i punti dolorosi di un sistema oramai in crisi NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 44.

⁴⁴ Cfr. NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 44.

po fa ci si sarebbe opposti all'idea per cui il codice del 1989 si sarebbe risolto in un ibrido pasticcio con predominio della fase inquirente e del pubblico ministero, con un dibattito ormai vissuto come una fastidiosa perdita di tempo da scoraggiare ed eludere⁴⁵, oggi è impossibile negare che più che il codice, siano le sue deformazioni a risolversi in linee antitetich: verità materiale, conservazione, limitazioni di quel contraddittorio tanto utile quanto difficile da mantenere vivo.

Le dissociazioni tra modelli e realtà si presentano non più latenti ma dominanti. Se ne avverte un rafforzamento oltre che nella prassi, proprio nel pensiero della Consulta, ormai avvezza a sminuire corollari fondamentali del giusto processo attraverso interpretazioni creative e suggerimenti malcelati rivolti al legislatore. È proprio il contraddittorio ad uscirne "maltrattato", eroso nelle sue componenti fondamentali, quelle dell'oralità e dell'immediatezza, praticabili attraverso l'ascolto dei testimoni innanzi al giudice della decisione, funzionali alla garanzia di difesa, sacrificabile - ancora una volta con troppa indifferenza - "sull'altare di una mera condizione di efficienza, quale la ragionevole durata del processo; senza, peraltro, che questo sacrificio possa contribuire, se non in minima parte, all'accelerazione dei tempi processuali"⁴⁶. Nelle righe della sentenza n. 132 del 2019, con la quale la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 511, 525, co. 2, e 526, co. 1, c.p.p., nella parte in cui garantiscono il diritto alla riassunzione della prova testimoniale innanzi ad un mutamento della persona fisica del giudice, si misura l'arbitrio giudiziario, senza limiti di sorta ormai, che abbatte ogni vestigia di distinzione dei poteri, mediante invasione dell'altrui sfera di attribuzioni, corrosa e svuotata al punto da rendere impossibile la reciprocità di bilanciamenti e controlli, caratteristica essenziale dei regimi ad ordinamento democratico. La Corte, infatti, nella quale si era riposta una fiducia immeritata solo qualche mese addietro⁴⁷, si erge "a cattiva maestra d'un legislatore"⁴⁸ già impegnato in un'opera di distruzione di quel poco che resta, suggerendogli quanto sarebbe utile un intervento volto ad introdurre deroghe al principio di immediatezza in modo da

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico in Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati, Ceretti, Giansanti, Milano, 1996, 80.

⁴⁶ FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in questa *Rivista*, 2019, 394.

⁴⁷ Cfr. LA ROCCA, GAITO, *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in questa *Rivista*, 2019, 13.

⁴⁸ NEGRI, *La Corte costituzionale mira squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in questa *Rivista*, 2019, 409.

sopprimere il diritto alla rinnovazione della prova in caso di mutamento del giudice in corso di processo: “tipico caso in cui l’autorità di chi parla aggiunge una nube di sottintesi a ciò che viene detto”⁴⁹. È qui che si sgretola l’equilibrio di poteri tra legislatore e giurisdizione; è la seconda ad anticipare il disegno del primo, senza input, né giustificazione basata su un contrasto tra le norme censurate e i principi fondamentali. Nel prendere posizione sul preteso bilanciamento fra efficienza processuale e garanzie, la Consulta parteggia in favore dell’efficienza rendendo flessibili i diritti fondamentali, sui quali non indaga e che pure hanno una copertura costituzionale intensa. Chi si è chiesto “efficienza rispetto a cosa”⁵⁰, non potendo ripiegarsi su concetti che si esauriscono in sé stessi, ha svelato bene che, così come concepito, il processo finirà per avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva in aperto contrasto con la presunzione di non colpevolezza, che impone un processo neutro rispetto alle ipotesi di accusa, scevro da finalità estranee a quelle di accertamento e con lo scopo di ottenere una decisione giusta⁵¹.

Ma quello di ritorcere contro l’individuo difficoltà ed inefficienze proprie dell’apparato statuale, d’altronde, è l’intento già tradotto dal legislatore nelle emende alle norme sulla prescrizione⁵², istituto che vuole superarsi insieme all’idea del diritto penale fatto anche esso di limiti posti a vantaggio dell’imputato, che si vuole tale per un tempo indefinito.

Eppure il tempo, la ragionevole durata del processo, consacrata nella Costituzione e nella Convenzione dei diritti umani a vantaggio proprio e solo dell’imputato, importa un diritto ampio, che coinvolge altri diritti, quello alla difesa, al contraddittorio nella formazione della prova, ad essere considerati presunti non colpevoli: garanzie effimere senza la presenza di limiti temporali imposti alla giurisdizione penale di giungere ad una decisione entro un tempo dato, entro l’argine per evitare il fallimento dell’equilibrio nei rapporti tra autorità e libertà, svilto fino al totale riassorbimento delle ragioni dell’imputato nelle ragioni dell’autorità.

I primi, inevitabili, effetti della nuova concezione di contraddittorio mutilato non hanno tardato a manifestarsi nella giurisprudenza di legittimità⁵³ che, appellandosi al principio di “conservazione degli atti giuridici”, “all’esigenza di

⁴⁹ FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità*, cit., 394.

⁵⁰ V. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 404.

⁵¹ MAZZA, *Il sarto costituzionale*, cit., 404.

⁵² Con la prevista entrata in vigore della Legge 9 gennaio 2019, n. 3.

⁵³ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, (dep. 10 ottobre 2019), P.G. in proc. Bajrami, in *questa Rivista*.

contenere i tempi di durata del processo”⁵⁴, alla “diligenza del difensore”⁵⁵, ha prontamente richiamato, facendole proprie, le direttive della Consulta, per stabilire che il diritto della parte all’audizione dei testimoni di fronte al nuovo giudice o al mutato collegio (art. 525 c.p.p.) non è assoluto, ma modulabile dal legislatore⁵⁶, e per ora rimesso alla discrezionale valutazione del giudice, non essendo necessario neppure il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione qualora la ripetizione dell’esame testimoniale non abbia avuto luogo perché non ammessa o non possibile⁵⁷.

“Lo scenario futuro del processo penale è tracciato. Oggi tocca al principio di immediatezza; domani chissà”⁵⁸. All’orizzonte, nonostante l’interpello continuo ed inappropriato all’efficientismo, vi è un’amministrazione della giustizia in dissesto, quasi pianeta solitario nella pur criticabile costellazione delle amministrazioni pubbliche.

Le toghe egemoni produrranno ancora, così come hanno prodotto, lo straripamento del potere giudiziario, con punte di usurpazione del potere politico, fino allo sconfinamento nella potestà legislativa e di governo.

Solo gli ingenui e gli sprovveduti potrebbero compiacersi per tale crescente assurdo fenomeno di tropismo verso un tipo di Stato egemonizzato, nell’ambito della giustizia penale, da una sola funzione: quella giudiziaria, che si sta assumendo una forte responsabilità dinanzi all’uomo, qualsiasi uomo che un giorno potrebbe essere destinato a subire un processo.

Conta assai poco che il nuovo corso trovi il sostegno di un’opinione pubblica frastornata, che marcia “a passo di giudice”, inconsapevole delle forzature di cui è fatta la torsione tipica di un populismo di basso livello, ignaro dei valori fondamentali di civiltà.

Seppure il pessimismo non possa essere taciuto, occorre tenere fermi più che mai, almeno nelle riflessioni delle nuove generazioni di accademici, certi valori razionali, ponendocisi l’obiettivo di ricostruire i modelli di stretta legalità che mirino a ridurre al massimo l’arbitrio giudiziale sul piano del processo: un insieme di vincoli e di regole all’esercizio del potere, assumendo come tali legalità sostanziale e processuale⁵⁹. Non si tratta di strumenti inservibili, di ricette fallaci, di finalità sfuggenti. Sono gli ideali che restano quanto meno per

⁵⁴ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, cit., 13 motivaz.

⁵⁵ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, cit., 14 motivaz.

⁵⁶ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, cit., 23 motivaz.

⁵⁷ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, cit., 27 motivaz.

⁵⁸ NEGRI, *La Corte costituzionale*, cit., 415.

⁵⁹ Cfr. NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 45.

la forza morale che vi sta dietro e che gli stessi giudici, pur soggetti ancora solo alla legge, ignorano con indifferenza.