

## CONFRONTO DI IDEE

---

**OLIVIERO MAZZA**

### **Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale**

La Corte costituzionale apre nuovi e preoccupanti scenari nell'interpretazione dei principi fondamentali del processo penale. L'immediatezza è la prima regola ad essere consistentemente ridimensionata.

*The constitutional tailor and the ragged dress of criminal procedure code*

*The Constitutional Court opens new and worrying perspectives in the interpretation of the fundamental principles of the criminal trial. The relationship between judge and evidence is the first rule to be consistently reduced.*

**SOMMARIO:** 1. Una nuova era della giurisprudenza costituzionale? - 2. *Adducere inconveniens non est solvere argumentum*: la nuova dosimetria dei principi costituzionali. - 3. Efficienza *versus* garanzie nei futuri scenari compensativi.

1. *Una nuova era della giurisprudenza costituzionale?*<sup>2</sup> Se il codice del 1930, al termine della sua lunga parabola, assomigliava a un vestito di Arlecchino, con toppe multicolori costituite dalle innumerevoli e disordinate riforme<sup>1</sup>, quello entrato in vigore 30 anni fa si presenta oggi come un abito irrimediabilmente strappato.

Dalle toppe riformistiche, che davano l'idea di un sistema incoerente, di difficile ricostruzione, consunto, ma pur sempre coeso, siamo passati alla sistematica lacerazione del tessuto codicistico.

L'ultimo strappo, beninteso solo in ordine di tempo, è quello inferto al principio di immediatezza dalla sentenza n. 132 del 2019.

Il *vulnus* è in realtà ben più profondo, perché il Giudice delle leggi prende posizione sul tema dell'indebito bilanciamento fra efficienza processuale e garanzie, non solo dando copertura costituzionale a questa impostazione di per sé seriamente eccepibile, ma prendendo nettamente posizione in favore dell'efficienza a discapito delle garanzie. Il sarto costituzionale non si limita, però, a rivisitare i termini di una quesitone abbastanza logora, come la contrapposizione fra efficienza e garanzie, peraltro già risolta dalla stessa Consulta esattamente dieci anni fa con una mirabile pronuncia, la sentenza n. 317 del 2009, che oggi non viene nemmeno ricordata ai fini dell'ammissione dell'*overruling*, ma detta le linee programmatiche di una "nuova giurispru-

---

<sup>1</sup> L'icastica metafora si deve a LOZZI, *Il vestito di Arlecchino indossato dal codice del 1930, nonostante il brevissimo tempo trascorso dalla sua entrata in vigore, pare ormai stare a pennello anche al codice del 1989? Ciò può far ritenere ormai impraticabile la scelta di un'organica codificazione? È prevedibile un recupero degli originali contenuti garantisti del rito accusatorio?*, in *Crit. dir.*, 1994, 2, 21 ss.

denza” che rende flessibili i diritti fondamentali dell’imputato.

Se fossimo negli Stati Uniti d’America, potremmo agevolmente personalizzare la questione e fare riferimento a un (*Chief*) *Justice* come esponente di spicco dell’indirizzo giurisprudenziale che inizia a caratterizzare quello che si prefigura come un nuovo corso della Corte costituzionale. In quel sistema, infatti, non desta scandalo parlare apertamente di vere e proprie ere della giurisprudenza costituzionale legate alle eminenti personalità di singoli giudici, di solito i Presidenti, che trasferiscono la loro personale visione “politica” nelle decisioni della Corte suprema americana<sup>2</sup>. Nel nostro Paese non siamo forse ancora pronti per questa ricostruzione del pensiero giuridico e politico dei singoli giudici costituzionali, ma resta il fatto che la sentenza in esame promette di essere un *leading case* non solo per le affermazioni in essa contenute, ma anche perché le stesse risultano permeate di una nuova cultura giuridica chiaramente espressa dal giudice estensore anche in sede dottrinale.

Del resto, l’affermazione per cui «un processo non ‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»<sup>3</sup>, era il portato culturale del pensiero liberale non tanto di quella Corte, quanto del giudice redattore noto per la sua rigorosa difesa dei diritti “inviolabili” dell’imputato. Oggi la Corte suggerisce al legislatore «la possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell’identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell’esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all’altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione», e questa enunciazione di principio non può essere riduttivamente analizzata con la lente miope del giurista, perché rappresenta una diversa visione politica dei rapporti intercorrenti fra individuo e autorità nell’attuale momento storico, visione direttamente condizionata dalle opzioni culturali dei giudici di Palazzo della Consulta.

2. *Adducere inconueniens non est solvere argumentum: la nuova dosimetria dei principi costituzionali.* Quali sono oggi i principi fondamentali del processo penale? La risposta fornita a questa domanda dalla sentenza in esame consente la presa di coscienza di una verità che ancora si fa fatica ad ammettere, ossia che il vestito cucito dal legislatore nel 1989 è ormai irrimediabilmente

---

<sup>2</sup> In proposito, per un’accurata ricostruzione del fenomeno, v. AA. VV., *The Justices of the United States Supreme Court*, a cura di Friedman e Israel, New York, 1977. Cfr., altresì, *Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, a cura di J. Greenbaum, Milano, 1992.

<sup>3</sup> Corte cost., n. 317 del 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 1729.

strappato e non potrà più essere riparato. È come se il sarto costituzionale avesse deciso di gettare la tela lacerata e di iniziare a tessere un nuovo abito più alla moda, più adeguato ai gusti europei, più aderente alle richieste dei giudici applicatori che sono chiaramente individuabili nel ruolo di committenti del lavoro sartoriale. Applicatori che con le loro preferenze hanno già ampiamente condizionato la politica del diritto in sede legislativa, basti pensare alla riforma Orlando, che ha codificato la giurisprudenza di legittimità, o ai punti della proposta Bonafede.

L'inusuale sensibilità per le prassi applicative traspare chiaramente in alcuni passaggi in cui la Corte fonda il suo ragionamento sulla considerazione che «l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore». Non tanto il diritto vivente, da sempre al centro della giurisprudenza costituzionale, quanto la prassi giudiziaria, ancorché deviante dal dato normativo, costituisce il presupposto del ragionamento, attribuendo un ruolo preminente alle difficoltà organizzative legate al fatto che «la dilatazione in un ampio arco temporale dei dibattimenti crea inevitabilmente il rischio che il giudice che ha iniziato il processo si trovi nell'impossibilità di condurlo a termine, o comunque che il collegio giudicante muti la propria composizione, per le ragioni più varie».

Addotto l'inconveniente, senza indagarne le cause e senza individuarne i responsabili che non possono essere altri se non gli appartenenti all'ordine giudiziario, questo si trasforma in argomento di decisione.

Per effetto della mancanza di concentrazione dei dibattimenti, dovuta, va detto, alla tecnica di formazione dei ruoli di udienza, «il principio di immediatezza rischia di divenire un mero simulacro: anche se il giudice che decide resta il medesimo, il suo convincimento al momento della decisione finirà - in pratica - per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo». Dunque, l'inconveniente della durata dei dibattimenti che si svolgono in più udienze «spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni», svuoterebbe di contenuto il principio di immediatezza.

Altro inconveniente, causato da prassi applicative che distorcono il concetto stesso di contraddittorio nella formazione della prova, viene evidenziato dalla Corte nell'«eventualità che la nuova escussione si risolva nella mera conferma delle dichiarazioni rese tempo addietro dal testimone, il quale avrà d'altra parte una memoria ormai assai meno vivida dei fatti sui quali, allora, aveva depresso: senza, dunque, che il nuovo giudice possa trarre dal contatto diretto con il testimone alcun beneficio addizionale, in termini di formazione del

proprio convincimento, rispetto a quanto già emerge dalle trascrizioni delle sue precedenti dichiarazioni». Si potrebbe ribattere che se il nuovo giudice non dimostrasse una spiccata idiosincrasia per la rinnovazione istruttoria, vissuta con malcelata insofferenza quale perdita di tempo, e non piegasse l'istituto alla prassi delle conferme, con graziosa concessione di domande "nuove", e se si mostrasse consapevolmente orgoglioso del suo compito fondato sulla miglior conoscenza possibile, compresi i tratti prosodici della testimonianza, anche la prova rinnovata nel pieno rispetto del contraddittorio e delle garanzie difensive assurgerebbe al rango di valido strumento epistemico. Volendo prescindere dalla considerazione, peraltro assorbente, che *adducere inconveniens non est solvere argumentum*, prima di ritenere sacrificabile l'immediatezza sull'altare del nuovo principio di «efficienza dell'amministrazione della giustizia penale», bisognerebbe almeno interrogarsi sulla possibile rilevanza costituzionale della regola per cui la prova si deve formare al cospetto del giudice chiamato a giudicare.

Il principio di immediatezza è oggi sancito dall'art. 111, co. 3, Cost., disposizione che, più rigorosamente dell'art. 6, co. 3 lett. d, Conv. eur. dir. uomo, afferma il diritto dell'accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» da esercitarsi «davanti al giudice», dove quest'ultimo riferimento alla preposizione articolata evoca necessariamente non "un" giudice anche diverso da quello della decisione (cfr. art. 111, co. 2, Cost.), ma proprio "il" giudice dibattimentale, caratterizzato dall'articolo determinativo, chiamato a emettere la sentenza sul merito dell'imputazione e, quindi, il doveroso rispetto del principio di immediatezza. La Costituzione, dunque, nella sua stretta interpretazione letterale, tecnica ermeneutica evidentemente desueta, richiede una garanzia in più rispetto al testo europeo, ossia che il contraddittorio probatorio si celebri davanti al giudice chiamato ad assumere la decisione, assicurando in tal modo il rispetto e la rilevanza costituzionale del principio di immediatezza<sup>4</sup>.

Prima di dichiarare estinto il principio di immediatezza, a causa della consunzione operata dalla prassi, sarebbe stato a dir poco opportuno indagare la possibile rilevanza costituzionale della regola. La lettura appena accennata dell'art. 111, co. 3, Cost. può anche essere contestata, ma dovrebbe quantomeno essere fatta oggetto di considerazione critica.

3. *Efficienza versus garanzie nei futuri scenari compensativi.* Trattata l'immediatezza alla stregua di un valore *sub* costituzionale, la sentenza in

---

<sup>4</sup> Cfr. MAZZA, *Contraddittorio*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 270-271.

esame ripropone il bilanciamento di valori fra garanzie ed efficienza «in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all’altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione».

Riemergere, in forma dichiaratamente europea, l’eterna lotta del processo penale contro il tempo.

La Corte conia una nuova endiadi in cui il concetto di efficienza viene espresso dai principi coordinati di «efficienza dell’amministrazione della giustizia penale» e di «ragionevole durata del processo». Questo super valore costituzionale rimane, tuttavia, un concetto vago, per non dire evanescente, di fatto ascrivibile alla categoria degli *idola fori*<sup>5</sup>. Per inciso, stride non poco associare la giustizia penale, che dovrebbe essere giurisdizione, al concetto di amministrazione che, anche in ambito costituzionale, va ascritto a una ben diversa funzione statale.

I fautori della primazia dell’efficienza sulle garanzie, fra i quali s’inscrive oggi a pieno titolo la Corte costituzionale, dovrebbero però spiegare cosa intendono esattamente per efficienza processuale. L’efficienza, altre volte definita efficacia, è strutturalmente un concetto di relazione che non può esaurirsi in se stesso o nella sua astratta affermazione, ma si specifica rispetto al fine che si vuole raggiungere. Quando si parla di efficienza o di efficacia occorre sempre chiarire rispetto a cosa. Se si usa l’efficienza come predicato del processo, bisogna quindi indicare lo scopo che si vuole raggiungere attraverso il processo efficiente.

Nell’imperante retorica dell’efficienza processuale il fine rimane per lo più sottointeso, non viene quasi mai esplicitato né dalle asserzioni giurisprudenziali né dalle tesi dottrinali. Ma se si scava, nemmeno poi tanto, il fine emerge nettamente ed è l’istanza punitiva forse oggi definitivamente svelata dalla scelta della Corte costituzionale di coordinare l’efficienza alla amministrazione della giustizia penale. Secondo i campioni dell’efficienza, il processo deve avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva, e da questa impostazione discende l’evidente preoccupazione per la prescrizione del reato che presuppone, in fase avanzata dibattimentale, una impossibilità di assolvere nel merito ai sensi dell’art. 129, co. 2, c.p.p.

Inutile nascondersi che oggi una larga parte della magistratura ha fatto propria l’idea manziniana del processo penale come strumento per punire i colpevoli<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Gli idoli, in particolare gli *Idola Fori* e gli *Idola Theatri*, secondo BACONE, *Nuovo organo* (1620), trad. it., Milano, 2002, 93-97, I, 38-44, non sono strumenti di conoscenza, ma ostacoli alla conoscenza stessa.

<sup>6</sup> MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da Conso, Pisapia, I, a cura di Pisapia, Torino, 1967, 224: «poiché, dato il carattere d’organo statale del pubblico ministero e l’assenza d’ogni interesse personale nell’esercizio della sua funzione, è logico presumere che le imputazioni siano

e, di conseguenza, tutto ciò che allontana o rende più difficile la punizione, al processo in sé fino alla prescrizione del reato, viene considerato d'intralcio all'efficienza repressiva.

La finalità punitiva si pone, tuttavia, in aperto contrasto con la presunzione di non colpevolezza che attribuisce al processo una neutralità rispetto all'ipotesi d'accusa che è il portato logico del ben diverso fine cognitivo al quale andrebbe ricondotta la non meglio precisata correttezza della decisione.

Un ragionamento costituzionalmente ortodosso dovrebbe perciò condurre alla seguente conclusione: ammesso e non concesso che l'efficienza processuale penale sia un bene costituzionalmente protetto dal principio di durata ragionevole o da altri impropri riferimenti al buon andamento dell'amministrazione (cosa ben diversa dalla giurisdizione), e posto che comunque il processo può essere efficiente solo in relazione al conseguimento del suo fine precipuo, o meglio unico, che è il risultato cognitivo, il presunto valore concorrente non sarebbe altro che una specificazione, un rafforzamento della presunzione d'innocenza e del contraddittorio che con essi non entra né in contrasto né in bilanciamento. Il processo deve così ispirarsi a un criterio di efficienza cognitiva, deve essere condotto in modo tale che si verifichi pienamente e nel minor tempo possibile il tema della colpevolezza dell'imputato. Proprio il principio di efficienza cognitiva vieta ogni scorciatoia che riduca l'orizzonte conoscitivo del giudice o che pregiudichi il miglior metodo finora escogitato per approssimarsi alla verità giudiziale, il contraddittorio rafforzato dall'immediatezza.

L'ultimo elemento di novità sono le garanzie compensative.

Concetto di ascendenza europea, può essere utile per orientare una giurisdizione internazionale del caso singolo, ma certamente risulta inadeguato nello scrutinio di legittimità costituzionale delle leggi.

Nella giurisprudenza europea il diritto al processo equo non è inteso quale specifico diritto, ma alla stregua di un meta-diritto, di un criterio elastico di valutazione complessiva dello svolgimento processuale. Da ciò consegue che si può ritenere rispettato il principio anche a fronte di singole violazioni di specifici diritti di carattere formale, facendo così prevalere il criterio delle garanzie sostanziali compensative nel quadro unitario rappresentato dal processo nel suo complesso.

È la logica *fuzzy* del pregiudizio effettivo, della lesività in concreto rapportata

---

generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare ..., ne deriva che il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare la pretesa punitiva dello Stato».

a valutazioni che in Europa vengono compiute *ex post* e in modo casistico, mentre la Corte costituzionale vorrebbe applicare questo criterio pragmatico, appunto casistico e concreto, a una valutazione giocoforza di natura opposta, quella di astratta compatibilità costituzionale delle leggi.

Occorre quindi tenere ben distinti i piani dell'analisi: un conto è l'interpretazione convenzionalmente orientata, doverosa, ma solo nell'ottica dell'incremento delle garanzie, come sancito del resto dall'art. 53 Cedu; altro conto è il messaggio della logica decisoria *flue* o *fuzzy* che la Corte europea ha trasmesso alle giurisdizioni interne e che sembra oggi essere pienamente accettato dal Giudice delle leggi.

Per non tradire il significato della nostra Costituzione, bisognerebbe costruire un sistema multilivello di garanzie per l'accusato che faccia coesistere armonicamente il pieno recepimento degli standard minimi europei in un contesto costituzionale governato dal principio di legalità. L'adeguamento alla Convenzione non può essere pagato al prezzo, troppo elevato, di mandare in frantumi la solida cornice del principio di legalità formale in cui è racchiuso il sistema interno dei diritti processuali.

Il criterio delle garanzie compensative si presenta antitetico al concetto stesso di diritto fondamentale di matrice costituzionale. Le garanzie compensative riempiono lo spazio fluido dei meta diritti, come quello a un processo equo, ma non potranno mai rappresentare il paradigma di un solido diritto costituzionale.

Il ragionamento del giudice delle leggi non può essere condotto sulla falsariga di quello del giudice di Strasburgo: se l'immediatezza è un principio costituzionale, deve essere rispettato senza possibili deroghe; se la si vuole bilanciare con altri valori costituzionali, occorre individuarli con chiarezza e dare loro una precisa collocazione nella Carta fondamentale; se invece si volesse indebitamente negare rilevanza costituzionale all'immediatezza, non avrebbe nemmeno senso parlare di garanzie compensative.

In questa ferrea logica "binaria" dovrebbe iscriversi il giudizio di legittimità delle leggi. Soprattutto, all'imputato bisogna riconoscere precisi diritti inviolabili che non possano essere messi in discussione caso per caso alla luce di presunte garanzie compensative di contesto. L'unico scudo che protegge l'imputato sono i suoi diritti processuali quando questi non siano sottoposti ad apprezzamento discrezionale dell'autorità procedente, situazione che, invece, si verificherebbe proprio nel quadro delle garanzie compensative e dei giudizi complessivi di equità processuale.