

## CONFRONTO DI IDEE

---

**PAOLO FERRUA**

### **Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore**

Con un lungo *obiter dictum*, contenuto in una sentenza di inammissibilità, la Corte costituzionale suggerisce al legislatore, in caso di mutamento del collegio giudicante, di introdurre deroghe al principio di identità tra il giudice che assume la prova e il giudice che decide, al fine di accelerare i tempi del processo.

*The sacrifice of orality in the name of reasonable duration of the trial: the unrequired suggestions of the Constitutional Court to the legislator.*

*With a long obiter dictum, contained in a sentence of inadmissibility, the Constitutional Court suggests to the legislator, in case of a change of the judging panel, to introduce exceptions to the principle of orality, in order to accelerate the timing of the trial.*

**SOMMARIO:** 1. Un gigantesco *obiter dictum*. - 2. I suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore. - 3. L'ingresso della giurisprudenza nella "fabbrica" delle leggi.

1. *Un gigantesco obiter dictum*. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 511, 525 co. 2 e 526 co. 1, c.p.p. - nella parte in cui garantiscono il diritto alla riassunzione della prova testimoniale quando intervenga nel dibattimento un mutamento della persona fisica del giudice - la Corte ha dichiarato inammissibile la questione con una sentenza che suscita notevoli perplessità sia sul piano metodologico sia sul piano delle argomentazioni.

Anzitutto, è singolare che la Corte, pur avendo dichiarato inammissibile la questione sollevata<sup>1</sup>, si sia impegnata in una lunga digressione sul merito delle disposizioni sospette di illegittimità costituzionale, affermando di non potersi esimere «dal sottolineare le incongruità dell'attuale disciplina, così come interpretata dal diritto vivente».

Questo gigantesco *obiter dictum* - privo di qualsiasi pertinenza con il dispositivo - si potrebbe anche spiegare se fosse in gioco una disciplina della quale la Corte si proponesse di evidenziare sicuri profili di illegittimità, fornendo l'occasione al legislatore per rimediarevi tempestivamente, come accade con le c.d. sentenze 'monito'. Ma non è questo il caso, perché la Corte non esplicita alcuna ragione di contrasto tra le disposizioni in esame e i precetti costituzionali; e le sarebbe stato assai difficile farlo, avendo in precedenza la Corte stes-

---

<sup>1</sup> Le ragioni della inammissibilità sono riconducibili alla circostanza che il giudice a quo avrebbe alternativamente prospettato il *petitum*, con due diverse letture delle medesime disposizioni di legge.

sa già respinto analoga questione<sup>2</sup>.

Ci soffermeremo tra breve sulle argomentazioni della Corte, ma già il *modus procedendi* evoca la spiacevole impressione di una sorta di gioco condotto su due tavoli.

Da un lato, la Corte non denuncia né illustra alcun profilo di illegittimità costituzionale che deriverebbe dalla disciplina ritenuta ‘incongrua’; si dilunga, invece, in una serie di suggerimenti sulle linee di un intervento legislativo volto a introdurre deroghe al principio di immediatezza, tali da sopprimere il diritto alla rinnovazione della prova in caso di prosecuzione del processo davanti ad un diverso collegio giudicante; il tutto senza alcuna pretesa vincolante, non solo perché il discorso è svolto in motivazione, ma anche perché, in assenza di cause di illegittimità, ogni scelta sull’eventuale modifica del quadro normativo rientra nella piena discrezionalità del legislatore.

Ma, dall’altro, il fatto stesso che il contenuto dell’intervento legislativo sia suggerito dalla Corte, lascia comunque intravedere un problema di legittimità costituzionale: tipico caso in cui l’autorità di chi parla aggiunge una nube di sottintesi a ciò che viene detto.

Se, infatti, ci si chiede quale può essere l’effetto di tali suggerimenti su un legislatore dalle idee sempre più confuse e su una giurisprudenza spesso incline ad interpretazioni “creative”, il discorso muta e l’esito può riuscire dirompente, non dissimile nei fatti da quello di una sentenza “monito”. Tramonta l’idea che il diritto alla rinnovazione della prova sia una necessaria proiezione del diritto di difesa e una preziosa garanzia epistemica; risulta implicitamente certificata la piena legittimità dei limiti che l’art. 190-*bis* c.p.p. apporta al diritto alla prova, nonostante i sospetti di incostituzionalità avanzati da una consistente parte della dottrina; e, infine, si acquisisce l’incrollabile certezza che le riforme sollecitate dalla Corte uscirebbero indenne da ogni eccezione di costituzionalità, dato che a decidere sul tema sarebbe la stessa autorità che le ha suggerite.

Che tutto ciò si inquadri in un corretto equilibrio di poteri tra il legislatore e un organo giurisdizionale, come la Corte costituzionale, resta, a mio sommosso avviso, assai dubbio. La ragione è presto detta: alla Corte spetta il tema dell’illegittimità, qui non affrontato; al legislatore la scelta delle riforme, qui anticipate dalla Corte. È noto che le sentenze ‘additive’ si giustificano solo in

---

<sup>2</sup> Con ord. n. 399 del 2001 la Corte ha affermato che, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione della prova ex art. 525 c.p.p. «non contrasta con gli artt. 25 e 101 Cost. in quanto imposta solo nell’ipotesi in cui sia possibile disporre l’esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta, mentre la prova medesima potrà comunque essere recuperata, attraverso il meccanismo della lettura, qualora il nuovo esame non abbia luogo per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti».

quanto le norme immesse nell'ordinamento discendano 'a rime obbligate' dalla Costituzione, secondo la formula elaborata dalla stessa Corte; ma è altrettanto noto come, sotto l'alibi di quella formula, il giudice delle leggi di fatto abbia spesso esercitato poteri nomopoietici<sup>3</sup>. Con apprezzabile *self control* la Corte stessa in tempi più recenti ha abbandonato, con qualche eccezione, quel discusso modello di sentenza. Il timore è che il potere nomopoietico della Corte riaffiori, in una forma più larvata, ma non meno distorsiva, sotto la veste dei suggerimenti e, per dir tutto, dei "disegni di legge" - nel senso letterale e non giuridico dell'espressione - messi a punto dai giudici della Consulta.

Nel 1992 la Corte costituzionale decapitava, senza batter ciglio, le regole di esclusione probatoria dettate a tutela del contraddittorio, convertendo il processo accusatorio in un processo inquisitorio. A fronte dell'art. 111 Cost., simili *performances* oggi non sarebbero possibili; quell'incedere dogmatico e magistrale con schietto zelo inquisitorio non si usa più. Ma nel frattempo sono apparsi nuovi mezzi, meno eroici e più insidiosi, a cui attingere per vanificare o ridurre le garanzie: dalle interpretazioni "creative" ai suggerimenti rivolti al legislatore dalle giurisdizioni superiori.

2. *I suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore.* La Corte osserva anzitutto che l'oralità-immediatezza - intesa come identità tra il giudice che assume la prova e quello che decide - sottintende «un modello dibattimentale fortemente concentrato nel tempo», essendo funzionale a due esigenze: da un lato, ad allargare la base del convincimento del giudice non solo a quanto viene dichiarato in sua presenza ma anche «ai connotati espressivi ... di carattere non verbale ... che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio»; dall'altro, a consentire al giudice di «attivamente intervenire nella formazione della prova stessa, ponendo direttamente domande ai dichiaranti e persino indicando alle parti "nuovi o più ampi temi di prova, utili per la completezza dell'esame"».

Osservazione ben fondata, alla quale, tuttavia, vanno aggiunti due rilievi. *Primo.* Il valore dell'immediatezza e, in particolare, il diritto al rinnovo della prova già assunta nel precedente dibattimento non è solo funzionale alle esigenze del giudice, ma, in pari modo, anche all'intervento delle parti. I tratti paralinguistici del discorso, così importanti per il controllo sull'attendibilità

---

<sup>3</sup> Sugli indirizzi seguiti dalla Consulta, nel campo del diritto sostanziale e processuale penale, v. di recente il volume collettaneo *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, Roma, 2019.

dei dichiaranti, forniscono all'interrogante utili elementi per proseguire l'esame, insistere su certi temi e formulare nuove domande. Il modo in cui si depone, proprio perché meno padroneggiabile delle espressioni verbali, costituisce un prezioso indice rivelatore, una sorta di linguaggio secondario di cui l'osservatore attento può avvalersi per interpretare e, talvolta, confutare il linguaggio principale.

*Secondo.* Il valore dell'immediatezza, pur non menzionato dall'art. 111 Cost., trova comunque un avallo nel testo costituzionale là dove, con una variante rispetto all'art. 6 par. 3, lettera *d*) della Convenzione, riconosce alla difesa «la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione di persone a sua difesa». Il giudice, davanti al quale si esercita il diritto alla prova, è ragionevolmente il giudice del merito, o meglio quello investito del potere di condannare; e lo suggerisce anche la preposizione articolata «*ab*», in antitesi a quanto previsto nel co. 2 (davanti «*a* giudice terzo e imparziale»)¹.

La conseguenza è chiara. Le testimonianze già assunte in incidente probatorio o nel dibattimento rinviato davanti ad un diverso collegio giudicante restano pienamente valide e utilizzabili a fini decisori, perché formate in contraddittorio e, quindi, in regola con il relativo precetto costituzionale. Ma, salvo il caso di sopravvenuta irripetibilità, la difesa può chiedere che siano rinnovate davanti al giudice incaricato di decidere sulla colpevolezza, alle stesse condizioni contemplate nell'art. 190, co. 1, c.p.p. (ossia, in quanto non manifestamente superflue o irrilevanti o vietate dalla legge); dopodiché, le une e le altre saranno oggetto di libera valutazione da parte del giudice.

La Corte prosegue nel discorso, osservando come «l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisc[a] ... una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore». A causa dell'eccessiva lunghezza dei dibattimenti «il principio di immediatezza rischia di divenire un mero simulacro»: il convincimento del giudice «finirà - in pratica - per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo».

D'altro canto - afferma ancora la Corte - la dilatazione dei tempi processuali «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», con la conseguente «necessità di rinnovare le prove dichiarative già assunte in precedenza, salvo che le parti consentano alla loro lettura». Così, mentre accade spesso che «la

---

¹ FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 2 ed., Torino, 2017, 123 s., 283.

nuova escussione si risolva nella mera conferma delle dichiarazioni rese tempo addietro dal testimone», la «necessità di riconvocare i testimoni ... produce costi significativi, in termini tanto di ragionevole durata del processo, quanto di efficiente amministrazione della giustizia penale; e ciò anche in considerazione della possibilità che, proprio per effetto delle dilatazioni temporali in parola, il reato si prescriva prima della sentenza definitiva».

Sono rilievi senza dubbio pertinenti, essendo arcinoti gli effetti negativi che l'eccessivo allungamento dei tempi processuali provoca sulle regole a base del modello accusatorio. Ma proprio dalla denuncia di tali inconvenienti ci si attenderebbe che il discorso si concludesse con l'indicazione dei mezzi utili a rimediare, riducendo, ove possibile, le cause che determinano la prosecuzione del processo davanti ad un diverso collegio giudicante.

Ad esempio, non vi è ragione perché il legittimo interesse del singolo giudice al trasferimento in altra sede o funzione debba prevalere sul principio di continuità del dibattimento, che attiene a valori nettamente prioritari come il diritto di difesa e la corretta formazione del convincimento giudiziale; né appare seriamente sostenibile che non esistano mezzi per regolare e circoscrivere quel legittimo interesse in termini tali da garantire la prosecuzione del processo davanti allo stesso collegio giudicante, evitando che a sopportarne le conseguenze sia ingiustamente l'imputato. Quanto ai casi in cui sia inevitabile la sostituzione della persona fisica del giudice per legittimo impedimento od altra causa, il diritto alla rinnovazione della prova, pur insufficiente a restituire nella sua pienezza il valore dell'oralità, conserva pur sempre la sua ragion d'essere come argine ad un'ulteriore, inarrestabile degenerazione del processo accusatorio.

Cosa suggerisce la sentenza annotata? Quanto alla rivalutazione dell'oralità-immediatezza, si limita ad un generico invito a favorire «la concentrazione temporale dei dibattimenti, sì da assicurarne idealmente la conclusione in un'unica udienza o in udienze immediatamente consecutive, come avviene di regola in molti ordinamenti stranieri»; invito introdotto da un «non solo» che rende abbastanza evidente come non sia questo l'obiettivo a cui mira la sentenza, anche perché, non essendo seguito da alcuna indicazione sui mezzi idonei a realizzare il fine, rimane confinato nella sfera delle pure aspirazioni.

Ben più concreto ed influente riesce, invece, l'invito ad introdurre «ragionevoli deroghe alla regola dell'identità del giudice avanti al quale si forma la prova e il giudice che decide»; un suggerimento che sul piano operativo equivale a sopprimere, in caso di mutamento del collegio giudicante, il diritto alla rinnovazione della prova. Così una fondamentale garanzia come l'ascolto dei testimoni davanti al nuovo giudice - funzionale, in pari modo, al diritto di

difesa e alla giustizia della decisione - viene sacrificata, con rassegnata 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.

3. *L'ingresso della giurisprudenza nella 'fabbrica' delle leggi.* La sentenza si conclude con il richiamo ad una serie di sentenze della Corte EDU, la cui giurisprudenza «riconosce che il principio dell'immediatezza può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate per assicurare che il giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio».

Si può capire l'indirizzo dei giudici europei. È naturale che la Corte europea, chiamata a giudicare su singoli processi svolti secondo eterogenei modelli di giustizia, si attenga, per una sorta di principio di carità, ai livelli minimi di garanzia tollerati dalla Convenzione europea. Non si può pretendere che l'adesione alla Convenzione europea costringa ogni Stato ad uniformare le sue regole processuali al modello accusatorio.

Ma, all'inverso, non vi è alcuna ragione perché quel livello riduttivo - spesso connaturale ai sistemi 'misti' - debba essere adottato come ideale di giustizia anche dal nostro ordinamento, improntato al processo accusatorio. A seguire questa singolare logica, si giungerebbe al paradosso di livellare le diverse procedure degli Stati in base al più basso *standard* di garanzia tollerato dalla Convenzione europea; con il risultato, ad esempio, di rinunciare all'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni contestate al testimone, solo perché la giurisprudenza europea ne consente l'uso unitamente a quelle rese nel dibattimento. La Convenzione europea, come la Costituzione, segna il punto di partenza delle garanzie, non quello di arrivo.

Se la Corte avesse dedicato all'inciso "davanti al giudice", contenuto nell'art. 111, co. 3, Cost. - sul quale ci siamo appena soffermati - la stessa attenzione riservata all'esame della giurisprudenza europea, forse sarebbe giunta alla conclusione che le garanzie contemplate nella nostra Costituzione sono, sul terreno del diritto alla rinnovazione della prova e, più in generale, del contraddittorio, superiori a quelle che i giudici europei ascrivono alla Convenzione.

Purtroppo, da quando la Corte costituzionale ha affermato il carattere 'vincolante' delle interpretazioni svolte dalla Corte EDU<sup>5</sup> - a dispetto di due fondamentali principi, quali la soggezione del giudice alla sola legge e l'efficacia

---

<sup>5</sup> Sentenze c.cd. 'gemelle' (nn. 348 e 349 del 2007).

puramente persuasiva della motivazione come esercizio di ragione, a differenza del dispositivo, espressione di un comando – l’attenzione degli interpreti e della giurisprudenza si è tutta concentrata sugli indirizzi dei giudici europei. L’analisi dei testi della Costituzione e della Convenzione europea, che sono all’apice delle fonti del diritto, è stata di fatto abbandonata; sono ormai numerose le sentenze in cui si discetta sulle più disparate, e spesso contrastanti, interpretazioni della Corte di Strasburgo<sup>6</sup>, senza alcun riguardo a quanto disposto dalla Costituzione e dalla Convenzione europea. Ed analogo fenomeno di evasione dal testo si registra in rapporto alla giurisprudenza della Cassazione, con il proliferare di interpretazioni ‘creative’, poi recepite da un legislatore sempre più suddito del diritto “vivente”.

Non c’è allora da meravigliarsi – ed è l’amara considerazione finale – che ne esca alterato il principio di separazione dei poteri e che le giurisdizioni di vertice, distolto lo sguardo dai testi a cui dovrebbero essere soggette, si siano progressivamente convertite in giudici-legislatori. L’ingresso del giudice ‘nella fabbrica delle leggi’<sup>7</sup>, il progressivo sostituirsi del diritto giurisprudenziale a quello vigente, ormai ritenuto puramente pragmatico, come un testo sul quale ci si può liberamente esercitare – riguardano in realtà ogni settore del diritto; ma riescono innegabilmente più inquietanti nella sede penale, dato il principio di stretta legalità che la dovrebbe governare<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulla logica *fuzzy* seguita dalla Corte EDU, v. MAZZA, *Legge e potere: l’irruzione delle Corti sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); cfr. altresì FERRUA, *La prova*, cit., 291 s.

<sup>7</sup> Così recentemente, nella sua relazione introduttiva sull’attività della giustizia amministrativa, il Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi (12 febbraio 2019).

<sup>8</sup> V., sotto diverse angolazioni, CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967; DI BITONTO, *Giudici e bugie*, in *Cass. pen.*, 2018, 543.4, 4062 s.; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, 2017, 421 s.