

DANIELE NEGRI

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Ferrara

Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*

Constitutional Law in Action: Destination and Destiny of the Criminal Process

Il contributo analizza il modo d'intendere i principi costituzionali relativi al processo penale quale emerge dalle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e dai pronunciamenti della medesima, mettendo in luce come l'interesse alla difesa sociale abbia trionfato a lungo sia sotto il vecchio che sotto il nuovo codice di rito penale a dispetto dell'impronta individual-garantista della Costituzione repubblicana. L'Autore osserva inoltre che la tecnica dei bilanciamenti, tipica della Corte europea dei diritti dell'uomo, finisce anch'essa col privilegiare l'interesse punitivo. Sbilanciata in maniera preoccupante a favore della comunità delle vittime, con grave pericolo per la visione liberale del processo penale, appare infine la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

The paper analyses the way of understanding the constitutional principles related to the criminal process as it emerges from the referrals to the Constitutional Court and from its pronouncements, highlighting how the need for the social defence has triumphed for a long time both under the old and under the new criminal procedure code in spite of the individual-guarantee approach of the Italian Constitution. The Author also notes that the technique of balancing, typical of the European Court of Human Rights, also ends up favouring the punitive interest. Finally the European Court of Justice's jurisprudence appears alarmingly in favour of the community of victims, with serious danger to the liberal vision of the criminal process.

PREMESSA

Quando Franz Exner, compromettendosi con il regime nazista, enunciava la formula fatidica: «*anderer Staat, anderer Strafprozeß*»¹ – ossia, al mutar di pelle dello Stato sarebbe necessariamente conseguita una diversa concezione e organizzazione del processo penale – coglieva in maniera scabra e con brutale perentorietà la questione di fondo che oggi va riaffrontata nel duplice anniversario, della Costituzione del 1948 e del codice repubblicano del 1988. Del resto, il rapporto di implicazione tra costituzione (nel senso di carattere essenziale del regime politico in un dato momento storico) e processo penale era già stato messo in piena luce, da una prospettiva del tutto opposta a quella del penalista tedesco, da Luigi Lucchini al crepuscolo dell'età liberale, il quale, chiamando a raccolta una folta schiera di pensatori dall'Illuminismo in avanti, concludeva che la fisionomia del processo penale costituisce «l'indice più sicuro del grado di civiltà e di politica libertà di una nazione»². I due esempi appena rammentati mostrano che la sottolineatura del legame congegnito esistente tra processo penale e costituzione è argomento a doppio taglio: può condurre a concepire il processo penale quale sistema di garanzie per l'imputato, così come alla *Weltanschauung* che fu propria del totalitarismo: l'annichilimento dell'individuo; il processo che sarebbe dovuto servire agli scopi più alti del popolo e dello Stato, organicamente fusi nella comunità (*Gemeinschaft*)³.

* Testo della relazione svolta al convegno del Centro studi giuridici e sociali "Aldo Marongiu" (Unione delle Camere Penali Italiane): *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (Roma, 28-29 settembre 2018).

¹F. Exner, *Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates*, in *ZStW*, 1935, p. 4.

²L. Lucchini, *Della dignità politica del diritto penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale*, Siena, Tip. Sordo-Muti di Lazzeri, 1878, p. 7 e 24; Id., *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbera, 2ª ed., 1899, p. 7.

³K. Siegert, *Nationalsozialistischer Strafprozeß*, in *ZStW*, 1934, p. 16-17; F. Schaffstein, *Das subjektive Recht im Strafrecht*, in *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, 1936, p. 43.

Merita ricordare lo slogan propagandato dai giuristi all'opera nella Germania degli anni trenta del secolo scorso, secondo i quali per ciascun soggetto sottoposto a processo penale non avrebbero deciso le forme e la lettera della legge, ma lo spirito del popolo⁴. Parola d'ordine del modello allora propagandato era *Auflockerung*, vale a dire l'allentamento, l'ammorbidimento, la necessità di flessibilizzare e ridurre al minimo le forme processuali in quanto esse costituiscono il freno all'attività del giudice protesa al raggiungimento della verità e della giustizia materiale⁵. Veniva così respinta in radice la tradizione illuministico-liberale, che proprio nella densità dei vincoli legali aveva fissato il «cardine insostituibile del processo»⁶. Il fascismo non arrivò a tanto, non giunse a questo livello di aberrazione, ma seppe comunque far leva sul concetto di strumentalità tra processo e legge penale sostanziale per concludere come il miglior processo sia quello che si satura dei fini morali e sociali della norma incriminatrice⁷, subordinando i diritti dell'individuo al mero prospettarsi delle istanze dell'ordine e della sicurezza pubblica⁸.

Non sembra superfluo l'averie riepilogato per sommi capi quel retroterra storico, poiché da tempo i richiami polemicamente al processo penale di stampo autoritario si fermano alla denuncia del suo volto inquisitorio senza toccare la matrice profonda e insieme l'espedito retorico più insidioso usato per asservire l'imputato al potere dell'autorità, vale a dire la compenetrazione del singolo nella comunità, l'idea – volta a negare qualunque antinomia tra individuo e collettività personificata – che l'interesse da salvaguardare fosse unico⁹. Definire il processo penale come diritto costituzionale applicato (*angewandtes Verfassungsrecht*)¹⁰, nel secondo dopoguerra, equivaleva dunque ad attribuirgli il compito precipuo di garantire la dignità dell'imputato quale soggetto anch'esso titolare d'una sfera di diritti intoccabile dal pubblico potere. La qualificazione ha perciò una genuina matrice antitotalitaria; riflette l'idea fondativa delle democrazie appena riconquistate, secondo cui i diritti di libertà riconosciuti come originari si ergono a difesa dell'individuo dallo Stato (*Abwehrrechte*) per restare al riparo dai contraccolpi della politica e frenare così l'eterna tentazione di piegare il processo agli scopi del potere¹¹.

È precisamente questa linea di pensiero, basata sulla contrapposizione tra individuo e autorità, che ha portato all'affermarsi del modello accusatorio di processo penale. La grande riforma del 1987-'89 ha battuto in breccia la vecchia cultura legata al primato della difesa sociale. Dopo le vicissitudini del 1992, tuttavia, le scelte che erano state proprie del codice repubblicano, osteggiate dalla magistratura, per imporsi dovettero infine costituzionalizzarsi. Nella nostra singolare esperienza storica abbiamo così conosciuto anche il rapporto inverso a quello appena ricordato: la Costituzione che diviene diritto processuale iridato; la Costituzione-codice.

L'altro luogo emblematico della rigenerazione processuale successiva all'avvento della Costituzione repubblicana è la disciplina delle misure limitative delle libertà fondamentali. Qui i due canoni rilevanti sono il principio di legalità processuale e il criterio di proporzionalità. Il secondo, in particolare, merita uno sguardo ravvicinato per la tendenza nefasta, frutto dei sincretismi metodologici in voga, a confonderlo genericamente con la tecnica della ponderazione e composizione di molteplici interessi (conterebbero pure quelli dei testimoni, delle vittime del reato e d'altri comprimari variamente assortiti), mentre va ribadita con forza l'ispirazione garantista del principio di proporzionalità, la natura bipolare del bilanciamento che vi è sotteso: esso misura le contrapposte ragioni dell'individuo e dell'autorità in base ad una deontologia molto precisa, che assegna il primato alla libertà del singolo tollerandone la com-

⁴ Riassume il portato delle «nuove correnti» venute dalla Germania nazional-socialista, A. De Marsico, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, Torino, Utet, 1941, p. 39.

⁵ Eb. Schmidt, *Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozessrechts* (1953), in Id., *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 43.

⁶ M. Nobili, *Introduzione* a F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 17. Sulla considerazione per il principio di legalità processuale lungo le linee di sviluppo della penalistica moderna v., ora, D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 428 ss.

⁷ A. De Marsico, *Dogmatica e politica*, cit., p. 37.

⁸ G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 267.

⁹ Nel mettere in luce le parentele tra principio della difesa sociale, polemica contro il "formalismo" e ideologia processuale autoritaria, restano insuperate le pagine di M. Nobili, *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 1974, p. 419 ss.

¹⁰ W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner (a cura di), *Die Grundrechte*, III-2, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, pp. 966-967.

¹¹ P. Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 398.

pressione soltanto nei limiti della stretta necessità¹². Non si tratta, perciò, di una ponderazione indifferente al risultato, corretta purché “a somma zero”.

Detto ciò, lungi dall'essere risolte, le questioni piuttosto si aprono. Sorge anzitutto il problema capitale del metodo. Come tutte le indicazioni di principio, quelle rilevanti per il processo penale contenute nella Carta fondamentale esibiscono un certo grado di indeterminazione che induce a chiedersi se valga sempre il vincolo ermeneutico a privilegiare la tutela dei diritti dell'imputato oppure siano talora compatibili con il testo costituzionale interpretazioni orientate a prediligere altri interessi. In secondo luogo, la situazione odierna è alquanto complicata dalla concorrenza e interazione tra le fonti domestiche e le norme di derivazione sopranazionale. Occorre allora domandarsi quale sia oggi il diritto costituzionale da applicare poiché, accanto alla Carta del 1948, si affollano altri statuti che le contendono il primato, tra i quali hanno speciale rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i Trattati e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Per comprendere sino in fondo i termini del problema, si annuncia istruttiva la rilettura sia delle pronunce della Corte costituzionale, sia – e più ancora – delle ordinanze di rimessione, il cui stile argomentativo riflette il modo d'intendere i principi e i precetti di rango superiore proprio dei giudici comuni, svelando meglio d'ogni altro test di quale cultura del processo penale essi siano portatori. Da questa “storia”, inevitabilmente parziale, potrà emergere fino a che punto la nostra Carta fondamentale e il custode della medesima siano effettivamente riusciti – com'era nei voti – ad addomesticare l'esigenza di difesa sociale che continua a premere e sempre tende a riespandersi a tutto danno dei diritti individuali.

Dei tanti filoni che potremmo seguire con profitto, tre appaiono i più significativi. Il primo ha per nucleo centrale le vicissitudini del contraddittorio, attorno alle quali si è giocata la partita della riforma processuale in senso accusatorio, ma riguarda generalmente i limiti legali d'origine costituzionale all'accertamento penale. La seconda linea da percorrere concerne le libertà della persona in rapporto ai principi di legalità e proporzionalità, sullo sfondo della presunzione d'innocenza. La terza direttrice è quella del diritto alla difesa personale, meno esplorata eppure assai significativa poiché chiama direttamente in causa la dignità dell'imputato.

LA CULTURA DEI PRINCIPI SUL PROCESSO PENALE ESPRESSA DALLE ORDINANZE DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Non serve indugiare – essendo sin troppo nota – sulla concezione schiettamente inquisitoria espressa dalla Corte nelle sentenze del 1992 a proposito del «fine primario e ineludibile del processo penale», rappresentato pur sempre dalla «ricerca della verità materiale», e del principio di non dispersione della prova. Conviene piuttosto mostrare il sottofondo ideologico che spianò la strada a quelle pronunce, rappresentato dalla posizione dei giudici *a quibus* sul metodo dell'accertamento penale, improntato a sua volta ad una visione che avremmo immaginato recessiva alla luce dei valori costituzionali. È proprio questa diffusa *Weltanschauung*, mai sconfitta, a riguadagnare oggi il campo grazie alla giurisprudenza dalle Corti europee, mentre l'arginarla era precipuo compito della nostra Carta fondamentale. Se si rileggono con cura le ordinanze di rimessione ci si accorge di come all'esercizio della giurisdizione venga attribuita funzione servente rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti delle vittime dei reati. Il procedimento probatorio è considerato strumentale all'attuazione della legge penale sostanziale, sicché la legge processuale non potrebbe introdurre limitazioni di tale entità – sono parole dei giudici remittenti – da privare di efficacia le norme incriminatrici, in quanto ciò significherebbe sguarnire di effettiva tutela i diritti inviolabili del soggetto passivo dell'illecito. I beni giuridici di rilievo costituzionale non sono dunque concepiti, in senso garantista, quale limite all'intervento penale, ma, tramutati in altrettanti diritti, divengono ragione per rimuovere gli ostacoli d'ordine processuale al trionfo del potere punitivo sulle libertà dell'individuo accusato.

Nel sollevare le questioni incidentali che condurranno alle sentenze n. 24 e n. 254 del 1992, venne addirittura evocato un principio di «costituzione materiale», che starebbe perciò oltre le stesse previsioni scritte della Carta, sinteticamente definibile come esigenza fondamentale dello Stato di assicurare l'effettivo e concreto esercizio della giurisdizione penale cui corrispondono legittime aspettative dei cit-

¹² M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi, 2015.

tadini: espediente utile a radicare la difesa sociale nel profondo del patto di convivenza.

Il richiamo a tale istanza compare anche in altre ordinanze di rimessione, più marginali ma egualmente meritevoli di essere segnalate perché ritroveremo – non senza sorpresa – argomentazioni molto simili occupandoci nel finale della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Emblematico il tentativo, facilmente respinto dal nostro giudice delle leggi¹³, di eliminare la condizione di procedibilità a querela per certi reati sostenendo che tale regime consentirebbe al responsabile di delitti anche gravi di evitare la «giusta punizione», in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale collocato a tutela dell'interesse repressivo dello Stato.

Il settore dei mezzi di ricerca della prova – com'è intuibile – esalta al massimo grado la propensione della magistratura a rintracciare nella Costituzione piuttosto i precetti utili a superare, che non a rinsaldare gli argini all'intrusione dell'autorità nella sfera protetta del singolo. Siamo così al secondo dei filoni preannunciati, che chiama in causa le libertà fondamentali come limite all'attività conoscitiva. Conviene seguire dapprima l'attacco mosso dai giudici *a quibus*, per poi verificare l'atteggiamento tenuto al riguardo della Corte costituzionale. I primi mirano, da un lato, a scardinare la legalità probatoria, dall'altro ad allentare il rapporto di proporzionalità così come fissato dalla legge. Recentissima la volontà di carpire in maniera occulta gli scambi epistolari, per altra via da quella palese del sequestro e del visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti, sostenendo che l'omessa estensione della disciplina delle intercettazioni alla forma di comunicazione per lettera frustra l'esigenza di non compromettere la *completa* – ecco la parola sintomatica – individuazione degli elementi di prova, esigenza presentata quale «precipitato naturale» del principio di obbligatorietà dell'azione penale¹⁴.

Esempio anch'esso eloquente è il tentativo di ottenere che i risultati delle intercettazioni siano utilizzabili in procedimenti diversi da quello d'origine, pure quando essi abbiano ad oggetto fattispecie di reato estranee al catalogo previsto dall'art. 270 c.p.p.: il criterio restrittivo prescelto dal legislatore, che commisura la proporzionalità al disvalore dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, menomerebbe la tutela dovuta alle persone offese e alle parti civili¹⁵. Analogamente, infine, il percorso diretto a consentire l'accesso del pubblico ministero ai tabulati telefonici presso il gestore del servizio oltre il periodo ordinario di ventiquattro mesi, qualunque fosse il reato da perseguire e dunque a prescindere dal livello di gravità della fattispecie criminosa stabilito col richiamo all'elenco di cui all'art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p. Il giudice *a quo* invoca un insieme di interessi che ritiene assistiti da standard di «garanzia» costituzionale pari a quelli assicurati dall'art. 15 alla libertà e segretezza delle comunicazioni, enumerando in proposito la libertà personale, il domicilio, la proprietà – tutti beni oggetto di tutela penale – sino a menzionare la «più generale aspettativa che lo Stato preservi, attraverso il perseguimento dei comportamenti criminosi, le condizioni essenziali della convivenza civile»¹⁶.

LA DIFESA SOCIALE NEI PRONUNCIAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Se volgiamo ora lo sguardo ai pronunciamenti della Corte costituzionale, saremo in grado di capire quale parte essa abbia avuto nel tenere vivo e nell'alimentare il dogma della difesa sociale. L'itinerario è costellato di cedimenti, inciampi e cadute talvolta rovinose. Vistoso appare il debito con il pensiero di matrice autoritaria nelle sentenze che caratterizzano il periodo dell'emergenza terroristica tra gli anni Settanta e i primi Ottanta del secolo scorso. La Corte lascia in balia dell'autorità di pubblica sicurezza il vaglio di necessità e urgenza prescritto dall'art. 13, comma 3 Cost. per la restrizione della libertà personale, ritenendo sufficiente che le situazioni contemplate dalla legge siano tali da prospettare anche soltanto come «possibile» l'esigenza dell'arresto fuori dei casi di flagranza da parte della polizia¹⁷. Riemerge così la concezione pre-costituzionale, che era stata propria del regime fascista, affrancata dal criterio di stretta necessità degli interventi autoritativi sulla libertà personale a tutto favore della automatica subordinazione della medesima al semplice affacciarsi dell'interesse statale in conflitto. Nella sen-

¹³ C. cost., ord. 23 maggio 2003, n. 178.

¹⁴ C. cost., 24 gennaio 2017, n. 20 (testo dell'ordinanza di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁵ C. cost., 24 febbraio 1994, n. 63 (testo dell'ordinanza di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁶ C. cost., 14 novembre 2006, n. 372 (testo delle ordinanze di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁷ C. cost., 20 aprile 1977, n. 64. Una decisa critica al riguardo proviene da F. Caprioli, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 417.

tenza n. 15 del 1982 la Corte rinuncia ad un incisivo scrutinio di proporzionalità, attribuendo alla valutazione insindacabile di politica criminale del legislatore il compito di stabilire se il prolungamento dei termini di carcerazione preventiva sia il mezzo più adeguato a fronteggiare con successo i fenomeni del terrorismo e dell'eversione. Consapevole della concessione alle istanze securitarie, i giudici di palazzo della Consulta rivolgono un monito finale al legislatore affinché non si astenga tuttavia dal prevedere misure idonee allo scopo che non gravino sull'imputato, esortando ad una più razionale ed efficiente organizzazione degli uffici giudiziari ai quali è devoluta la trattazione di casi tanto complessi e allarmanti.

Gravi trascuratezze contraddistinguono le materie della riserva di legge e della presunzione di innocenza. Sul primo versante va ricordata la sentenza n. 54 del 1986 concernente i prelievi coattivi, che confuse le finalità delle misure restrittive della libertà personale con i «casi» da prevedere tassativamente in virtù dell'art. 13 Cost., mostrando di conferire potere assorbente alle «ragioni relative alla giustizia penale e all'accertamento della verità», come allora veniva solennemente designata l'esigenza di acquisizione della prova per rimarcarne la supremazia al solo apparire sulla scena. Dall'inciampo – si sa – la Corte ebbe poi a riprendersi un decennio dopo, quando pretese che la legge definisse con chiarezza e precisione – cioè “in positivo” – presupposti, modi e limiti dell'intervento sulla libertà personale: un ripensamento dovuto – tra l'altro – alla maggiore forza con cui tale valore si era affermato grazie al codice del 1988¹⁸.

Quanto alla presunzione di innocenza, ancora a metà degli anni Novanta si arrivò sorprendentemente ad affermarne l'estraneità all'assetto e alla conformazione delle misure cautelari personali¹⁹. Il riscatto si è compiuto con la pronuncia capostipite del più recente filone giurisprudenziale relativo agli automatismi legali dettati dall'art. 275, comma 3 c.p.p., là dove essa qualifica la presunzione di innocenza come sbarramento insuperabile contro ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale alla pena, escludendo che sia legittimo affidare alla prima il compito di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal delitto²⁰.

Una storia, dunque, complessivamente di segno progressivo, pur tra gli alti e i bassi. Clamoroso – per concludere su questo punto – il cedimento consumatosi nella sentenza n. 17 del 1974, alla quale dobbiamo il risultato eversivo di un intervento *in malam partem* sulla disciplina limitativa della libertà personale operato direttamente dalla Corte costituzionale, ossia dal supremo custode delle garanzie individuali. Si ricorderà come quella pronuncia ebbe a dichiarare l'illegittimità dell'art. 272 ultimo comma c.p.p. nella parte in cui non consentiva l'emissione di un nuovo mandato di cattura a carico dell'imputato rinviato a giudizio, dopo la scarcerazione per decorrenza dei termini avvenuta nella fase istruttoria. Non paga d'essere giunta ad una simile aberrazione, la Corte chiosò il provvedimento con una formula di sapore politico, intrisa e compiaciuta del peggiore spirito autoritario: «l'accolta soluzione è per di più opportuna quale rafforzato presidio di difesa sociale».

Quest'ultimo interesse – merita insistere – ha trionfato a lungo, sotto il vecchio e il nuovo codice di rito, influenzando sull'assetto degli istituti cui è affidata la disciplina del diritto alla presenza personale dell'imputato, terzo ambito della nostra analisi. Il campionario è qui vastissimo, fitto di richiami alle necessità pubblicistiche del potere punitivo, alla tutela dell'ordine sociale turbato dal delitto, al bisogno di restaurazione dell'ordine giuridico violato, oppure – nella versione riverniciata in senso efficientista – alla fondamentale esigenza di speditezza ed economia processuale, alla necessità di impedire la paralisi o l'indefinito protrarsi dell'esercizio della giurisdizione. Nei suoi mille travestimenti la difesa sociale ha impedito di dare pieno sviluppo all'autodifesa dell'imputato, pure, ricondotta alla sfera della dignità umana sin dalla sentenza n. 9 del 1982. Malgrado questa notevole affermazione di principio, le presunzioni legali di conoscenza del processo, nei confronti di chi non sia stato rintracciato dagli organi incaricati delle notificazioni, hanno continuato a resistere al vaglio di costituzionalità poiché ritenute necessarie ad armonizzare il diritto inviolabile di assistere all'udienza con l'imperativo – anch'esso definito di rilievo costituzionale – di non «abdicare», neppure in ipotesi marginali, alla reazione statuale contro il delitto, ossia alla conclusione indefettibile del processo con la condanna in contumacia²¹.

Proprio su questo terreno, tuttavia, la Corte costituzionale è infine pervenuta alle conclusioni che

¹⁸ C. cost., 9 luglio 1996, n. 238.

¹⁹ C. cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450.

²⁰ C. cost., 21 luglio 2010, n. 265.

²¹ Il quadro delle pronunce in materia della Corte costituzionale è ricostruito in D. Negri, *L'imputato presente al processo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 76 ss.

meglio rispecchiano il favore per l'individuo tipico delle Carte dei diritti nel loro significato più genuino, quello appunto della «massima espansione delle garanzie» ottenibile grazie alla simbiosi tra i precetti costituzionali e le clausole convenzionali sul giusto processo; da ciò l'impossibilità di invocare il principio della ragionevole durata processuale come fattore di temperamento del diritto capitale alla presenza personale dell'accusato²². Qui si misura tutta la distanza che corre rispetto a certi indirizzi della giurisprudenza di legittimità, inclini piuttosto a ravvisare nel giudizio celebrato in tempi ragionevoli un interesse obiettivo dell'ordinamento (sarebbe a dire, dello Stato) e di *ciascuna* delle parti (cioè, anche di chi fa valere le proprie pretese contro l'imputato) idoneo a comprimere gli spazi d'esercizio di fondamentali diritti²³.

IL TRADIMENTO DELLA VISIONE LIBERALE DEL PROCESSO NELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO

Le questioni di ermeneutica costituzionale vanno adesso esaminate tenendo conto delle fonti sopranazionali. Si tende ormai a dimenticare o a sottacere il fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha la propria genesi nella reazione della cultura antitotalitaria dell'ultimo dopoguerra alle drammatiche esperienze dei regimi dittatoriali; essa poneva di nuovo al centro il soggetto titolare di diritti, cristallizzando garanzie di difesa dell'accusato e delle persone destinate a subire l'ingerenza degli organi dello Stato contro l'abuso, *in primis*, degli strumenti funzionali all'esercizio del potere punitivo (artt. 3, 5, 6, 8). Col passare del tempo la Corte di Strasburgo ha però tradito l'ispirazione originaria rendendosi protagonista del carosello dei bilanciamenti, della giostra perenne delle compensazioni il cui esito è quello di ammorbidire, di rendere flessibile la tutela dei diritti del singolo nella competizione con altri interessi della più diversa specie volta a volta presentati sulla scena e soppesati in maniera imprevedibile, tanto da giungere a soluzioni sempre provvisorie, variabili e riconfigurabili alla luce delle peculiarità del caso concreto. Viene a mancare un ordine fisso, prestabilito di rapporti, una gerarchia di valori vincolante sulla quale i soggetti passivi delle attività processuali e, in particolare, delle misure limitative delle libertà fondamentali, possano confidare in anticipo.

Così, se agli esordi era condiviso il ripudio dell'impostazione che sanciva la supremazia aprioristica dell'interesse pubblico nello svolgimento del processo, la diffidenza verso l'entità statuale, ci si compiace ora dell'abbandono dei vecchi stilemi (ossia, della filosofia liberale) e si teorizza (da parte di alcuni settori della dottrina²⁴) o si pratica (ad opera della giurisprudenza²⁵) l'osmosi del metodo adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'interno dell'ordinamento nazionale²⁶. Bisogna tuttavia essere consapevoli delle conseguenze. Quel metodo, infatti, finisce col restituire – ancora una volta – il primato alla difesa sociale. Nient'altro che questo abbiamo di fronte se l'esito della valutazione circa l'equità complessiva del processo, nel quale le prove siano state ottenute al prezzo di trattamenti inumani e degradanti, è fatto dipendere dalla gravità del reato²⁷; oppure se l'interesse pubblico alla dimostrazione della colpevolezza dell'accusato ha un peso nello stabilire la compatibilità con l'art. 6 Conv. e.d.u. di condanne fondate su prove acquisite in violazione dei limiti posti a tutela dei diritti fondamentali²⁸. Un

²² C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

²³ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310; Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155., *ivi*, 2012, p. 2410.

²⁴ Tra i processualpenalisti inclini a questa posizione, in base alle note suggestioni di P. Grossi (*Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, Laterza, 2012), vanno ricordati, sia pure con diversità d'accenti, R.E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in Id., *Processo penale e paradigmi europei*, Torino Giappichelli, 2018, p. 163 ss.; M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*, Bologna, BUP, 2012, p. 107 e 179.

²⁵ Ad esempio, nell'interpretazione-applicazione dell'art. 526, comma 1-bis c.p.p., Cass., sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, in *Cass. pen.*, 2012, p. 858.

²⁶ Esprimono una netta posizione di segno contrario, M.L. Busetto, *Una insidiosa metamorfosi: dai divieti probatori ai criteri di valutazione*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, Cedam, 2017, p. 132; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 207; nonché D. Negri, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3946 ss.

²⁷ Corte e.d.u., Gr. Ch., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.

²⁸ Tra le altre, v. Corte e.d.u., 12 maggio 2000, Khan c. Regno Unito; Corte e.d.u., 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito. Per una serrata critica a questo orientamento, cfr. A. Ashworth, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 249 ss.

approccio, questo, che dà linfa sul piano interno all'opera giurisprudenziale volta a flessibilizzare il regime delle invalidità processuali, relativizzandole anche quando la legge ne impone una conformazione rigida – è il caso della inutilizzabilità – in base alla gravità della violazione e al vaglio sul pregiudizio effettivo subito dalla parte interessata. Sotto questo aspetto la nostra Corte costituzionale rimane invece ferma nell'istituire una perfetta simmetria tra i vincoli di garanzia posti dalle *Grundnormen* e la necessità che il singolo non abbia a patire ulteriori effetti pregiudizievoli dalla loro eventuale trasgressione per mano dell'autorità: un diritto riconosciuto e protetto come inviolabile – proclama da sempre il giudice delle leggi – sarebbe esposto a gravissima menomazione se, a carico dell'interessato, potessero valere prove raccolte violando i precetti costituzionali²⁹.

Per altro verso, la giurisprudenza di Strasburgo si allontana alquanto dal modo di concepire i diritti inviolabili alla stregua di limiti garantistici contro il potere punitivo e, tutto all'opposto, vi identifica la fonte di doveri di incriminazione a salvaguardia delle vittime di reato; in particolare, per quanto ci riguarda, di obblighi a carattere procedurale che gravano sugli organi nazionali della giustizia penale, tanto da censurare come lesiva delle norme pattizie la mancata, sollecitata applicazione di misure a protezione della persona offesa – ossia, di provvedimenti restrittivi della libertà dell'accusato – affermando testualmente e perentoriamente che i «diritti dell'aggressore» (così definito, malgrado si tratti di persona da presumersi innocente durante il processo) «non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica della vittima»³⁰.

IL COSTITUZIONALISMO ANTILIBERALE E LA “PICCOLA EUROPA”

Le maggiori insidie per la visione liberale del processo penale provengono tuttavia dall'ordinamento dell'Unione Europea, specie a causa del potere diffuso di disapplicazione delle norme interne affidato ai singoli giudici in virtù del primato del diritto sopranazionale. I Trattati, malgrado gli impegni solenni al «rispetto dei diritti umani» e al riconoscimento delle libertà fondamentali patrimonio dello Stato di diritto e delle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri, ci si presentano come una Costituzione rovesciata, tavola di valori d'una giustizia penale capovolta dove predominano le componenti repressive all'insegna del bisogno di sicurezza dei cittadini – vera ragione del patto fondativo – e della conseguente, prioritaria tutela dei diritti delle vittime di reato potenziali (la moltitudine indiscriminata di persone offese candidate ad ottenere una tutela riflessa dalla restrizione delle altrui libertà) o “in carne ed ossa” (quali soggetti passivi di ben determinate condotte criminose). Prevale insomma, ancora una volta, la difesa sociale, il bisogno di sicurezza, la protezione della *comunità* dei cittadini o la salvaguardia degli interessi economico-finanziari della *Comunità* ridenominata Unione Europea. In entrambi i casi inquieta l'assonanza terminologica con l'entità sinistra della *Gemeinschaft*, dalla quale il nostro discorso ha preso le mosse. Senza volere con ciò istituire equivalenze indebite, occorre tuttavia guardarsi bene da ogni tendenza ad attrarre l'interesse individuale all'interno di superiori istanze organicistiche; pericoli del genere si corrono quando – come accade alla Corte di Giustizia UE³¹ – si comincia a chiamare «diritto» (anziché interesse o, meglio ancora, *policy*³²) quello alla sicurezza, premessa utile a darle maggior peso e a farla così prevalere nel bilanciamento con i diritti di libertà.

Il costituzionalismo tipico della “piccola Europa”, in effetti, ha abbandonato l'idea che in materia penale i diritti da privilegiare siano quelli dell'imputato; quando si predica la pariordinazione con la pretesa punitiva dello Stato e – più ancora – si costruiscono come diritti i beni tutelati dall'azione dei pubblici poteri – è il ragionamento condotto da una schiera crescente di studiosi refrattari al pensiero liberale³³ – il terreno è già preparato per la soccombenza delle libertà del singolo accusato di fronte all'immane, schiacciante necessità di proteggere l'intera collettività. La presunzione di innocenza è ap-

²⁹ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³⁰ Corte e.d.u., 2 marzo 2017, Talpis c. Italia.

³¹ Ad esempio, in C. Giust. UE, Gr. Sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 e C-594/12.

³² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 14 ss.

³³ Tra gli altri, cfr. J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, De Gruyter, 1983; nonché, da ultimo, il nostro R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 63 ss. Un affresco impietoso di tali concezioni e, al tempo stesso, una ferma e argomentata rivendicazione del diritto penale classico si trovano nell'opera di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 33 ss.

punto il contrappeso politico escogitato dai sistemi liberali quale rimedio ad una sproporzione atavica che vedrebbe altrimenti sempre perdente l'individuo solitario, sottoposto al processo penale. È tale postulato che sfugge alle lenti appannate di chi parla di «difesa del reo» per indebolire le dottrine penali figlie dell'Illuminismo ed esaltare le virtù del *Leviatano*³⁴. Identico *lapsus* ritroviamo, del resto, nel diritto derivato dell'UE. Basti pensare alla direttiva 2012/29/UE sulla protezione della vittima, che riferisce il termine «autore del reato» anche alla persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità e della condanna (*Considerando* n. 12).

In questo quadro, onestà intellettuale vuole che si ammetta come lo stesso affiorare di principi di favore per l'individuo nella giurisprudenza di Lussemburgo, sino alla maggiore visibilità loro conferita dalla Carta di Nizza e dalle direttive della *road map* di Stoccolma, corrisponda ad una «strategia intesa a rendere accettabile il primato delle fonti europee ai Paesi membri, tranquillizzandoli di fronte al rischio di restare altrimenti esposti all'obbligo di recepire strumenti normativi di origine esterna capaci di travolgere il nucleo garantista delle proprie Costituzioni»³⁵.

Ma come nella favola del lupo travestito da agnello, la vera natura dell'Unione Europea per quanto attiene alla giustizia penale non ha tardato a manifestarsi. La sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso *Taricco* è il più plateale esempio di assiologia rovesciata in senso funzionalistico e antigarantista, dominata com'è dal proposito di far trionfare il potere punitivo sotto la spinta alla effettività e dissuasività delle sanzioni a presidio degli interessi finanziari dell'UE, saturando così il processo dei fini della norma penale sostanziale³⁶. Nei suoi risvolti finali quella pronuncia abilitava potenzialmente ogni giudice a manomettere qualunque dispositivo di garanzia avesse inceppato il meccanismo produttivo di condanne: le prime candidate a cadere erano le norme sul processo penale, per l'appunto, in quanto «diritto costituzionale applicato», destinate a tutelare le libertà del singolo e disposte a naturale (costitutivo) intralcio lungo il percorso verso l'infrazione della pena. Disinnescarle, tramite il congegno della disapplicazione, significa togliere il contrappeso (preponderante) alle esigenze dell'autorità nel bilanciamento che conferisce loro intima struttura.

La riprova – come avevamo previsto³⁷ – si è avuta con la questione pregiudiziale sollevata da un giudice bulgaro sull'onda della decisione *Taricco*, e rivolta alla declaratoria di contrarietà rispetto all'art. 325 TFUE di una norma di diritto nazionale che sancisce l'inutilizzabilità della prova acquisita *contra legem*, poiché la rinuncia a quella conoscenza impedirebbe la condanna dell'imputato. In nome dell'interesse comunitario a punire si assiste così al poderoso tentativo di affrancamento dai vincoli della legalità processuale, secondo un imperativo che ricorda troppo da vicino le parole d'ordine del totalitarismo liberticida contrastato dalle Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra: «per ciascun soggetto decideranno non le forme e la lettera della legge, ma lo spirito e gli scopi più alti» della *Gemeinschaft*³⁸.

Il colpo di mano, sventato nel caso *Taricco* dalla nostra Corte costituzionale, rimasta fedele al principio di legalità quale presidio a tutela dell'individuo contro l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione³⁹, sta riuscendo invece altrove. Una ulteriore questione è stata di recente decisa dalla Gran-

³⁴ Secondo R. Bin, *Critica*, cit., p. 63 ss., il principio di massima estensione dei diritti sarebbe frutto di un equivoco: «L'interesse della collettività al perseguimento dei crimini, alla rapidità delle indagini e del processo e alla certezza della pena non sono pulsioni antiliberali a cui va opposta la tradizione gloriosa della difesa costituzionale dei diritti: altri diritti stanno dietro all'azione dei pubblici poteri, quelli atavici dalla cui tutela è iniziata la gloriosa storia dello Stato di diritto». Contro il ritorno alla visione hobbesiana dello Stato si esprime C. Cupelli, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 359 ss.

³⁵ La franca ammissione proviene da un campione dell'europeismo penale come A. Bernardi, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in Id. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, p. XIV.

³⁶ C. Giust. UE, 8 settembre 2015, *Taricco*, C-105/14.

³⁷ D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 650 ss.

³⁸ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria), causa C-310/16, Dzivev. La questione è stata decisa nelle more di pubblicazione di questo scritto da C. Giust. UE, 17 gennaio 2019, Dzivev e a., C-310/16. Della pronuncia, più incoraggiante per il principio di legalità probatoria di quanto non lasciassero pronosticare i precedenti, non si è dunque potuto tenere conto.

³⁹ C. cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 e sent. 31 maggio 2018, n. 115. Nel senso che gli insegnamenti della Corte siano decisivi anche per innalzare il principio di legalità processuale ad argine contro l'etica del risultato promossa dai giudici europei, v. D. Negri, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in A. Bernardi-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 297 ss.

de Sezione della Corte di Giustizia UE in un senso affatto preoccupante e di pessimo auspicio per l'esito di analoghe domande riguardanti la sorte delle norme processuali⁴⁰. Secondo la Curia di Lussemburgo l'esigenza di effettiva salvaguardia degli interessi finanziari eurounitari è di ostacolo ad una disciplina interna che vincoli il giudice a disporre l'archiviazione se, decorso un certo termine, il pubblico ministero non ha concluso le indagini, formulato e notificato l'imputazione; oppure qualora l'organo dell'accusa non ponga tempestivo rimedio ai difetti sostanziali, rilevati dal giudice, dell'atto di impulso al processo. La Corte censura il fatto che la legislazione interna non dia modo al giudice, valutate le particolari circostanze del caso (ad esempio, la sua complessità e il comportamento dilatorio delle parti), di prorogare i termini perentori concessi al pubblico ministero, né di esaminare la causa nel merito dopo aver sanato egli stesso le invalidità ponendo rimedio con misure adeguate alle conseguenze negative derivanti dalle violazioni del diritto di difesa.

Di fronte a responsi del genere dovremo presto saperci stringere attorno al nucleo irrinunciabile di valori del processo penale, idonei a fungere da controlimita costituzionale al rinnovato, impetuoso assalto delle istanze di difesa sociale.

⁴⁰ Corte Giust. UE, Gr. Sez., 5 giugno 2018, Kolev, C-612/15.