

# Costituzione e processo penale tra il principio di ragionevolezza ed uno sguardo verso l'Europa

Giovanni Maria Flick

Roma, Corte di Cassazione, 17 novembre 2009

1. Sino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, la Corte costituzionale appare tendenzialmente orientata al *favor legis*, sia nella materia penale sostanziale che in quella processuale.

Nella prima fase della sua giurisprudenza, la Corte mostra una particolare cautela nell'erosione degli spazi della discrezionalità legislativa (preservando gli ambiti rimessi a scelte di sola opportunità) e al contempo un estremo rigore nell'affermazione dei principi di fondo.

Essa svolge una funzione di indirizzo nei confronti del legislatore, in una insostituibile opera di conformazione dell'ordinamento non in atto ma *pro futuro*. La Corte, in quegli anni, potrebbe definirsi una "*Corte di principi*"; numerose pronunce delineano, con affermazioni valide ancora oggi, i contenuti e la portata di principi e valori fondanti dell'ordinamento costituzionale (v., ad esempio, la sentenza n. 190 del 1970, sul diritto del difensore di assistere all'interrogatorio dell'imputato).

Negli anni ottanta, con l'evolversi della società, la nascita di nuovi poteri e soggetti sociali, l'emergere di una conflittualità prima sconosciuta, l'orizzonte della Corte si allarga e la porta a trasformarsi da 'giudice dei principi e dei valori' a 'giudice dell'equilibrio dei principi e dei valori', impegnandola in un'opera non più di conformazione dell'ordinamento ma di mediazione. In questo nuovo e diverso ruolo di "*Corte di mediazione*" essa assume connotazioni tipicamente giurisdizionali e con la giurisdizione finisce per condividere, in quegli anni, una funzione di supplenza nei confronti di tutte le altre componenti della società. Man mano che queste arretrano, i limiti delle attribuzioni della Corte si ampliano, gli ambiti di intervento si fanno più numerosi e più penetranti soprattutto nel campo dei diritti sociali: sono di quegli anni le prime sentenze additive e le sentenze comunitarie.

Gli anni ottanta sono però anche gli anni del terrorismo e della criminalità organizzata, che pongono prepotentemente all'attenzione della Corte il problema della compatibilità costituzionale della cosiddetta legislazione d'emergenza. Nell'adempiere, anche in questo caso, al difficile compito di mediazione fra le esigenze sottese ad un inasprimento della disciplina penale e processuale e il rispetto dei valori e dei principi dell'ordinamento democratico, la Corte pone l'accento sulla particolarità del momento storico e sulla eccezionalità della situazione, per giustificare sul piano costituzionale le incisive limitazioni ai diritti individuali che quella

normativa determina (emblematica, a questo riguardo, è la sentenza n. 1 del 1980, sui limiti per la concessione della libertà provvisoria introdotti dall'art. 1 della legge 22 maggio 1975, n. 152). Una posizione, questa, che nel richiamo insistito alla eccezionalità si atteggia a tutela ultima ed estrema dei diritti di libertà e che la Corte mantiene successivamente, quando l'esigenza di contrastare una criminalità organizzata efferata ed aggressiva spinge il legislatore a diversificare il trattamento penale, inasprendolo – secondo la cosiddetta logica del doppio binario – nei confronti dei soggetti autori di gravi delitti che non collaborano con la giustizia (si tratta, come è noto, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, oggetto della sentenza n. 306 del 1993): con indubbie conseguenze anche sul piano del processo, posto che al fulcro della normativa speciale veniva collocato proprio il presupposto della collaborazione processuale.

2. Alla fine degli anni ottanta entra in vigore il nuovo codice di procedura penale. Esso non nasce da istanze della società civile; è piuttosto il prodotto dell'elaborazione di una *élite* culturale su suggestioni in parte provenienti da altri ordinamenti, e viene varato già con una evidente ipoteca di fondo: un elevato tasso di provvisorietà. La Corte in questa terza fase è chiamata ad intervenire in assenza di un quadro normativo stabilizzato (ed anzi, per espressa volontà del legislatore, suscettibile di adeguamento nel triennio successivo all'entrata in vigore del codice) e di un diritto giurisprudenziale consolidato.

La novità assoluta di molti degli istituti processuali introdotti; l'impatto del nuovo sistema con fenomeni ad elevato allarme sociale (quali la criminalità economica e mafiosa); l'elevato tasso di ricorso alla Corte, per il rifiuto (almeno in una prima fase) della novità da parte degli operatori; la continua e incessante opera di aggiustamento legislativo: sono tutti elementi che contribuiscono ad alterare il ruolo di mediazione della Corte, allargando impropriamente gli stessi confini della giurisdizione costituzionale a scapito di quella ordinaria. La Corte si sostituisce infatti alla Corte di cassazione nell'interpretazione delle norme; di fatto opera, in via esegetica, vere e proprie scelte di sistema; parallelamente la giurisdizione ordinaria rivendica a sé, in quel periodo, una autonoma quanto impropria funzione di conformazione del diritto. Per effetto di questo abbassamento del "rango" della giurisdizione costituzionale e del contemporaneo innalzamento della giurisdizione ordinaria, la Corte abbandona il suo ruolo di mediazione e scende come parte in campo sullo stesso terreno della Cassazione. Pare non eccessivo parlare della Corte di quegli anni come di "*Corte di giurisdizione*"; e si pongono le basi di un conflitto destinato a manifestarsi negli anni successivi.

L'acme del conflitto fra le Corti è da registrarsi con la sentenza n. 299 del 2005 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen.: il contrasto interpretativo, determinatosi in relazione al computo dei termini massimi di fase della custodia cautelare in caso di regressione del procedimento, era venuto in tal caso a cristallizzarsi al punto da determinare la rottura del principio di conservazione normativa.

E' difficile dire quanto la scelta della Corte di entrare in *medias res* – anziché di adottare un atteggiamento di *self restraint* – sia consapevole; quanto, soprattutto, una simile linea sia condizionata dalla difficoltà derivante dall'esercitare un controllo di costituzionalità su un assetto normativo in continuo divenire; quanto abbia insomma influito la mancata previsione di una “moratoria” costituzionale nel periodo di adattamento del codice, messo peraltro, da subito, a dura prova dal rafforzarsi di fenomeni di criminalità mafiosa ed economica e successivamente dall'esplosione del fenomeno della corruzione politica. Talvolta, è la prepotente necessità di alcuni “bisogni” a plasmare la portata delle regole, proprio perché i principi (astratti e idealmente immutabili) non vivono di luce propria, ma sono destinati a realizzarsi attraverso il tessuto normativo, chiamato a “vivere” nel concreto e, quindi, a “storicizzarsi”.

La tenuta del codice, la sua capacità di fronteggiare anche fenomeni di così elevato allarme sociale, appaiono affidate alla Corte che sembra segnare un ritorno al passato, con la teorizzazione del principio della conservazione degli atti giuridici e del sapere acquisito. La Corte avverte in quel periodo tutta la responsabilità della tenuta dell'intero sistema di contrasto della criminalità, ormai irreversibilmente spostatosi dal piano sostanziale a quello processuale. Senza il processo non esiste condanna; senza condanna, reati e pene rimangono un astratto e declamatorio orpello, privo di ricadute sul piano sociale; la sanzione percepita sta nel processo e anche la formulazione delle norme di diritto penale sostanziale risente di questa dimensione processuale; la difesa diviene difesa dal processo e non solo nel processo.

In questa cornice si colloca la sentenza n. 361 del 1998: essa giunge all'epilogo di una tormentata legislatura nella quale si era cercato di riportare il codice alla sua matrice originaria, ai principi di oralità ed immediatezza della prova. Una scelta difficile, quella operata dalla Corte, non certo scevra di ostacoli dal punto di vista interpretativo (tanto da richiedere un'attenta opera di ricostruzione di sistema) e che indurrà il legislatore a modificare l'art. 111 Cost.

La sentenza n. 361 rappresenta tuttavia (solo) l'apice di un periodo nel quale, per le ragioni già ricordate, la giurisprudenza costituzionale – nel vuoto lasciato dalla giurisprudenza ordinaria – pare abbandonare la sua naturale ritrosia nei confronti degli spazi riservati alla discrezionalità del legislatore, intervenendo con numerose pronunce di accoglimento; in

particolare, con sentenze manipolative e sostitutive (dai dispositivi spesso calibrati su casi specifici) e finanche con accoglimenti “seriali” (si pensi alla vicenda delle incompatibilità processuali).

E' questa la fase della “*Corte di normazione*”, l'altra faccia della “*Corte di giurisdizione*”. Entrambe sono espressione di un fenomeno più ampio, che trova origine nell'utilizzo eccessivo – e strumentale ad altri fini – dei mezzi processuali (il processo visto non più come eccezione e per così dire patologia, ma come ordinario strumento di risoluzione di tutti i problemi). Un fenomeno che investe non solo la Corte Costituzionale, ma anche la Corte di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, e determina il venir meno, nell'organo, della sua funzione di guida e la sua trasformazione in giudice del caso singolo.

Si pensi, in quest'ultima prospettiva, al paradosso rappresentato dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma non per come è o come vive nell'interpretazione giurisprudenziale; ma per come è stata interpretata *una tantum* quale “principio di diritto” vincolante, posto dalla Cassazione al giudice di rinvio e non superabile neppure in presenza di successivi mutamenti degli indirizzi interpretativi della stessa Corte di cassazione (in questo senso, da ultimo, la sentenza n. 78 del 2007). Paradosso che, peraltro, consente di impedire che la norma, per come applicata al caso singolo, si sottragga al controllo di costituzionalità generando, sia pure in quel solo caso, un “prodotto di giustizia” non costituzionalmente conformato.

3. Nell'ultimo e più recente periodo (la quarta fase) si assiste ad una diminuzione quantitativamente sensibile delle questioni sottoposte all'esame della Corte e correlativamente ad una diminuzione delle pronunce di illegittimità costituzionale e di infondatezza nei sensi. Al di là della verifica sul piano statistico del carattere proporzionale o meno di tale congiunto calo numerico, la riduzione del ricorso alle tipologie decisorie appena ricordate parrebbe attestare un recupero – da parte della Corte – dell'originario atteggiamento di *self restraint*: e ciò anche in linea con l'affermazione del principio di legalità nell'ambito processuale, sottolineata dall'art. 111 Cost. nel nuovo testo.

La stessa attenzione formale manifestata dalla Corte, in certe occasioni, al modo in cui le questioni vengono sollevate – lungi dal celare, come afferma polemicamente parte della dottrina, l'intento di percorrere vie di fuga di fronte a determinate questioni – sembrerebbe essere indice della riacquisita consapevolezza, da parte della Corte, della necessità di mantenersi all'interno dei confini segnati, per esclusione, dalle attribuzioni costituzionali di altri soggetti,

senza eroderne gli spazi riservati: così nei confronti del legislatore, ma anche della Cassazione in relazione alla sua funzione nomofilattica.

Ciò, in particolare, nasce dalla consapevolezza che gli interventi sul processo penale sono sempre di un'estrema delicatezza, in quanto destinati a toccare ad onde concentriche tutto il sistema (ne sono dimostrazione, tra gli altri, le declaratorie, *ex art. 27* della legge n. 87 del 1953, numerose nel periodo precedente); quindi, in alcuni casi, con il rischio di accentuarne la disorganicità. Ma forse è intravedibile – al fondo di ciò – un'altra grave preoccupazione: quella di evitare che il giudice delle leggi finisca inevitabilmente per “inserirsi” all'interno delle componenti più ideologizzate che hanno caratterizzato, in non trascurabile misura, la produzione normativa – specie processuale – di questi ultimissimi anni. Ed è proprio qui, sul delicato crinale dei rapporti tra politica (nel senso etimologico di arte del governo della cosa pubblica) e processo penale, che si viene a misurare l'“oggi” della Corte costituzionale; ma con significative e non più reversibili aperture verso orizzonti più ampi dell'ormai angusto “osservatorio” nazionale, che lasciano presagire – quanto meno secondo prospettive di larga massima – quale potrà essere lo scenario del “domani.”

La Corte – lo si è già accennato nel tratteggiare la storia dei suoi interventi sul processo penale – è indubbiamente “schiava” dei tempi: non può scegliersi le norme da scrutinare; i parametri sui quali operare il sindacato di costituzionalità; i sistemi in cui le norme sospettate si inseriscono; ed i rimedi che, in tanti casi, dovrebbero essere approntati sul piano legislativo, a seguito ed in dipendenza delle sentenze costituzionali. La Corte è quindi “schiava” anche dei giudici che sollevano le questioni; della loro *weltanschauung* sui valori e sugli equilibri processuali; della stessa tecnica di “confezionamento” del *petitum* di costituzionalità. Ancora: la Corte è “schiava” del cosiddetto «diritto vivente»: un sintagma che è venuto ad assumere nel tempo (e nella stessa interpretazione della Corte) valori e significati piuttosto variegati, ma comunque denotativi di una tendenza a devolvere alla giurisdizione “operativa” il compito di procedere alla trasformazione della norma generale ed astratta in regola condivisa ed applicata. La Corte, infine, è “schiava” della legge e del suo “modo di essere” oggi, con tutti i limiti che la tecnica di normazione è venuta ad assumere nei tempi più recenti: al punto da aver indotto il Presidente della Repubblica a denunciare, a più riprese, le lacune e le aporie che, sempre più spesso, caratterizzano provvedimenti *omnibus*; destinati, in teoria, a fronteggiare le ormai “stagionali” emergenze che affannano il Paese.

E' operazione ardua, se non impossibile, stabilire – in un caleidoscopio di problematiche, quale è quello che ho appena tentato di tratteggiare – i limiti attuali del controllo di costituzionalità delle norme che compongono un sistema così irto di “tensioni” politico-

ideologiche, come il processo penale. L'*actio finium regundorum* è facile da tracciare in teoria; ma difficile in pratica, perché ogni soluzione può presentare “letture” differenziate, a seconda della prospettiva da cui muove l'osservatore di quello specifico “fenomeno” normativo. Concetti come ragionevolezza, bilanciamento di valori contrapposti, adeguatezza, coerenza tra struttura e funzione della norma, discrezionalità o abuso del diritto, evocano categorie che appartengono quasi più al mondo delle idee che a quello dei paradigmi sui quali operare un giudizio in termini di obiettiva “certezza”.

Si spiega così la cautela con cui la Corte si è misurata rispetto a parametri di costituzionalità che a tutta prima avrebbero potuto comportare uno scrutinio per così dire *tranchant*: quale, in particolare, quello della condizione di parità che caratterizza la posizione delle parti nel processo, in base al nuovo testo dell'art. 111 Cost. Il primo comma dell'art. 111 Cost., infatti, opera per qualsiasi tipo di processo la trasposizione pressoché letterale della regola sancita in tema di “giusto processo” (art. 6 della CEDU); e sembra evocare una condizione di identità di ruoli e poteri processuali tra i diversi protagonisti di qualsiasi tipo di procedura contenziosa, posto che la *égalité des armes* è una regola insita in tutte le tradizioni processuali, non soltanto continentali.

Ciò dovrebbe dunque consentire, anche (e forse soprattutto) nel processo penale, una estrema facilità di sindacato costituzionale: nel senso che – si potrebbe dire – qualsiasi anche minima perturbazione del trattamento egualitario fra le parti processuali andrebbe di per sé colpita dai fulmini della illegittimità costituzionale. Ma le cose non stanno così. Il nucleo portante delle varie decisioni che la Corte ha adottato sul tema dell'appello, a seguito della entrata in vigore della legge n. 46 del 2006, offre una palese dimostrazione di come la uguaglianza tra le parti sia stata, da sempre, interpretata dalla Corte in chiave di “ragionevole rapporto di disuguaglianza” tra imputato e pubblico ministero; e di come tale chiave di lettura sia rimasta sostanzialmente immutata anche alla luce della nuova previsione costituzionale.

4. Il nucleo delle sentenze di illegittimità costituzionale che hanno eliminato la inappellabilità delle sentenze di proscioglimento per il pubblico ministero sta in pochi assunti che, pur facendo leva sul principio di parità processuale, sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost. – tanto da essere, quest'ultimo, l'unico parametro utilizzato per la declaratoria di illegittimità delle norme censurate – sembrano averne molto attenuato, in realtà, la portata innovativa.

Nella sentenza n. 26 del 2007, infatti, nel ribadire la propria giurisprudenza, la Corte ha ancora una volta sottolineato – come già aveva fatto in precedenti circostanze, pur sotto la

vigenza del “nuovo” art. 111, secondo comma, Cost. – che il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l’identità dei poteri processuali del pubblico ministero e del difensore dell’imputato, *«in quanto le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle parti, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi di cui sono portatrici, rendono compatibili con il suddetto principio alterazioni della simmetria dei rispettivi poteri e facoltà, purché tali alterazioni trovino un’adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della ragionevolezza. Tale vaglio di ragionevolezza – ha soggiunto la Corte – va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l’ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l’adeguatezza della ratio e la proporzionalità di tale scalino rispetto a quest’ultima».*

Parametri, quelli indicati, che - secondo quanto affermato da taluno - evocano un apprezzamento che pare sospingersi al di là del crinale della parità delle parti in senso stretto e muoversi sul terreno della “manifesta ragionevolezza-irragionevolezza” della scelta legislativa. Si è detto infatti che, da un lato, giudicare se la norma generatrice della disparità sia più o meno “adeguata” alla *ratio* che la ispira (il giudizio sulla adeguatezza, sconta, infatti, la certa esistenza di una correlazione tra i due termini, restando da misurarne soltanto la “quantità”), chiaramente postulerebbe l’uso di un “metro di giudizio” che è tipico della discrezionalità legislativa; e che, dall’altro lato, la stessa valutazione circa l’ampiezza dello “scalino” e della relativa “proporzionalità”, comporterebbe un apprezzamento in termini di congruenza posto al confine massimo del sindacato di “legittimità”.

Il problema resta ovviamente aperto; ma non è, a ben guardare, molto diverso da quello che si è soliti affrontare in Cassazione, quando ci si imbatte in un vizio di manifesta illogicità della motivazione, che può facilmente trascinare in un sindacato di merito.

Al di là di ciò, la Corte si è mossa innanzitutto nel senso della conservazione dei valori e delle precedenti statuizioni, non senza tuttavia uno sguardo attento ai profili sistematici della materia. E’ questa si potrebbe dire una prima “anima” della sentenza n. 26 e delle successive. Le “fisiologiche differenze”, che caratterizzano le due parti necessarie del processo penale, hanno, da sempre giustificato – secondo la giurisprudenza costituzionale – l’affermazione per la quale il principio di parità non deve necessariamente tradursi in una “assoluta simmetria di poteri e facoltà”. Ma tale assunto è stato ulteriormente interpretato alla luce dell’intero sistema delle impugnazioni.

Che il pubblico ministero sia “entità” diversa dall’imputato, è un fatto ovvio; così come sono differenti, da entrambi, la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Tale diversità non è contestata da nessuno e, men che mai, dalla Costituzione. Che l’indagine sia condotta dal pubblico ministero; che allo stesso, e non ad altri “soggetti” (non ancora “parti”), sia conferito il “potere” di perquisire, sequestrare e quant’altro: è un dato che in un processo “accusatorio” è scontato; e il legislatore costituzionale che, nel 1999, ha novellato l’art. 111 della Costituzione, aveva presente “questo” processo penale, e non altri. Dunque, limitarsi a richiamare la precedente giurisprudenza (che aveva, però, in passato, una ben diversa pregnanza, perché si trattava di “giustificare” la disparità di poteri tra le parti nell’impianto della “vecchia” istruzione, fase che aveva già i connotati del “processo”), equivale a riconoscere al principio sancito dall’art. 111, secondo comma, della Costituzione, un valore più che altro ricognitivo, rispetto a un principio già presente nella tavola dei valori costituzionali. E su ciò, la Corte è stata chiarissima nella sentenza n. 26 del 2007, nella parte in cui ha ribadito proprio questo rilievo, richiamando le non poche pronunce che avevano già affermato tale principio.

Ma affermare in Costituzione il principio di parità, come regola fondamentale che deve governare la celebrazione di qualsiasi “processo” – accanto al contraddittorio e alla imparzialità del giudice – non sembra semplicemente (o semplicisticamente) una operazione normativa volta a “trascrivere” un precetto già insito nella stessa Carta, o recepire un articolo della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Un qualche “valore aggiunto”, a quella operazione di “trascrizione”, bisogna necessariamente riconoscerlo: specie se si considera che la riforma dell’art. 111 Cost. è stata voluta e dettata proprio per il processo penale, essendo proprio quello – e non certo il processo civile – che abbisognava (nell’ottica dei novellatori costituzionali) di una simile affermazione, paradigmatica e di principio.

5. Sorge, allora, una prima riflessione. L’art. 111, secondo comma, Cost., non impone affatto che le parti siano eguali: richiede invece che le parti siano poste dalla legge “in condizioni di parità”. Ciò significa soltanto – a me sembra – che un determinato istituto processuale, chiamato a soddisfare un potere o una facoltà processuale, deve essere articolato in modo tale da assicurare che l’uno non possa “prevaricare” l’altro; entrambe le parti necessarie del processo penale, per stare a ciò che qui interessa, devono fruire di “condizioni” processuali corrispondenti. Ma, per poter determinare questo rapporto di “corrispondenza”, è necessario che ci si muova nell’ambito di un istituto che, per sua stessa natura, attribuisca lo stesso “potere” alle diverse parti, perché identica è la relativa posizione processuale.



Se così è, la verifica che ne segue dovrà procedere ad accertare se la “disparità” di trattamento processuale sia giustificata non tanto sotto il parametro offerto dall’art. 111, secondo comma, Cost., quanto sotto i diversi parametri (in particolare, 3 e 24) sui quali si fondava la giurisprudenza della Corte Costituzionale, prima della riforma dell’art. 111 della Carta.

Il problema è quindi stabilire se un mezzo di impugnazione tanto particolare, quale è l’appello, possa o no agevolmente inquadrarsi nell’ambito di quei caratteri di ontologica “equivalenza” sui quali si ritiene di poter intravedere la base della *par condicio* processuale costituzionalmente imposta. A tale quesito – come è noto – sono state date risposte assai diverse. Per un verso, si è detto che – anche a un semplice esame, per così dire “epidermico” delle rispettive “condizioni processuali” – altro è lo *status* dell’imputato condannato in primo grado; altra è la posizione del pubblico ministero di fronte a una sentenza di proscioglimento. Per altro verso, si sono postulate invece “simmetrie” in funzione di un indice di apprezzamento tutto “civilistico”, quale è la logica della soccombenza.

E’ ben vero che, sul piano delle “pretese”, la logica impugnatoria delle parti potrebbe legittimamente leggersi in chiave di simmetrica equivalenza, ove misurata sulla falsariga dell’ “interesse” di cui ciascuna di esse è portatrice. Ma ciò non esclude che nel processo penale – anche sul piano dei valori costituzionali coinvolti – l’ “interesse” (istituzionale) del pubblico ministero possa non risultare comparabile con quello dell’imputato; così come quello della parte civile è commisurabile soltanto con l’interesse “civile” dell’imputato. La diversa distribuzione dei poteri di appello, quindi – pur con tutte le cautele derivanti dalla delicatezza e complessità del tema – potrebbe in linea del tutto teorica non venire in discorso, agli effetti di quanto previsto dall’art. 111, secondo comma, Cost.

D’altra parte, la stessa Corte Costituzionale ha avvertito la problematicità della questione, laddove – nello svalutare, sostanzialmente, la portata innovativa del riformato secondo comma, dell’art. 111 Cost. – ha finito per rievocare gli antichi richiami offerti dal principio di ragionevolezza; per di più articolando, al suo interno, una serie di “paletti” di derivazione costituzionale. La Corte, infatti, nello stigmatizzare l’ablazione del potere di appello del pubblico ministero, ha segnalato come essa si presentasse «generalizzata»: cioè estesa indistintamente a tutti i processi e per qualsiasi reato; e «unilaterale»: cioè senza alcuna “contropartita” sul piano del regime processuale, a differenza di quanto avviene per il giudizio abbreviato, ove il pubblico ministero “guadagna”, comunque, la utilizzazione dei propri atti. Ne risulta in tal modo affievolita la rilevanza autonoma dell’art. 111, secondo comma, Cost., che di per sé – quanto meno nella linea ricostruttiva operata dalla Corte – non è parametro

“autoapplicativo,” ma semplice norma di indirizzo, che si spiega e si qualifica alla luce di altri referenti costituzionali (ancora una volta, l’art. 3).

Tutto ciò, a prescindere dalla condivisibilità o meno degli accennati rilievi, può presentare notevoli effetti di ricaduta, in prospettiva. Il futuro può ancora essere ricco di “sorprese”, se si valorizza l’altra “anima” della sentenza n. 26 del 2007. Quella, voglio dire, nella quale si marcano le distanze fra il diritto di impugnazione dell’imputato, correlato al «fondamentale valore espresso dal diritto di difesa»; e il diritto di impugnazione del pubblico ministero, collegato soltanto al principio di parità e reputato, anche in quell’ambito, maggiormente “flessibile” per le eventuali “contropartite” di sistema che lo possono veder “sacrificato”.

In questa prospettiva, infatti, non è da escludere che se si eliminassero alcune forme di appellabilità delle sentenze da parte del pubblico ministero – mantenendo un appello generale per il solo imputato – si uscirebbe dall’alveo dell’art. 111, secondo comma, Cost., per come può essere letto il principio di parità processuale; giacché la configurabilità di un diritto di riesame nel merito, ben può essere visto come funzionale a una garanzia da riconoscere alla parte che “sopporta” le conseguenze della sentenza. Ciò che invece è inaccettabile – ed è apparso inaccettabile per la Corte – è che si attribuiscono poteri “sbilanciati” di impugnazione, secondo logiche normative di imponderabile coerenza; giacché, così facendo, è la stessa razionalità di sistema a venir compromessa.

Un ulteriore aspetto sul quale le prospettive si fanno davvero imprevedibili attiene infine alla terza “anima” che è desumibile dagli interventi della Corte Costituzionale: l’esigenza di conformazione degli istituti processuali in genere, e dell’appello in specie, alla economia e tempestività dei giudizi e al ridimensionamento dell’apparato impugnatorio. Più passaggi delle note sentenze, infatti, fanno leva su possibili meccanismi di riforma, che “taglino” appellabilità oggettiva e soggettiva in funzione di temi o per categorie di reati: così da circoscrivere il proliferare degli appelli. Ma tutto questo, in un calibrato riassetto del sistema generale delle impugnazioni, che miri a dissolvere le “tensioni” da cui il problema della durata del processo “trae origine”.

Appellare tutto e da parte di tutti, quindi – e con un appello che si presenta strutturalmente immodificato dai tempi del codice Rocco – pare essere, davvero, l’unica scelta che si presenta ormai come improponibile. Ma le linee di riplasmabilità dell’istituto restano tante quanti sono i diversi profili che si intendano privilegiare o comporre; così come altrettanto variegati – ma necessariamente da valutare – potranno essere gli effetti di ricaduta, che le

eventuali innovazioni saranno suscettibili di generare sui gradi del processo che precedono e seguono il giudizio d'appello.

6. Il ponte tra l'”oggi” ed il “domani” della giurisprudenza delle varie Corti sulla legislazione in genere e sul processo penale in specie, credo sia rappresentato dalla nuova dimensione “europea” che dovrà caratterizzare la “lente” attraverso la quale mettere a fuoco principi e valori da bilanciare. Le Corti europee, quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo, vengono, infatti, “prepotentemente” chiamate in causa dopo le note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e l'ordinanza n. 103 del 2008.

Da un lato, i giudici saranno chiamati, anzitutto, a sperimentare una interpretazione adeguatrice delle norme interne ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come a loro volta interpretati dalla Corte di Strasburgo. Un – apparentemente strano – doppio passaggio di “nomofilachie”, che però segnala la duplicità di prospettive da cui esse muovono. Strasburgo è chiamata ad interpretare i principi della Convenzione in rapporto alla specifica controversia che le è stata devoluta: a verificare, cioè, se uno Stato membro ha violato o meno, nei confronti di un “cittadino europeo” quei principi, anche se ha fatto regolare applicazione della propria normativa interna. Il giudice nazionale deve a sua volta verificare se la norma che è chiamato ad applicare si conformi o meno ai principi della Convenzione, così come “interpretati” dalla Corte, avuto sempre riguardo, però, anche ai limiti che possono derivare dalla nostra Costituzione: ed in quest'ultimo caso, aggiungerei, per come a sua volta “interpretata” dalla Corte costituzionale. Un percorso “ardimentoso”, come ognuno vede, che può portare (come in concreto è già accaduto) il giudice nazionale a sollevare questione di legittimità di norme interne che risultino in contrasto (ermeneuticamente insanabile) con la Convenzione europea: evocando direttamente a parametro di costituzionalità l'art. 117, primo comma, Cost., che impone al legislatore nazionale e regionale di rispettare «i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Da un altro lato, l'ordinanza n. 103 del 2008 ha stabilito un principio di “pregiudizialità tra Corti” in virtù del quale le questioni interpretative del Trattato CE vanno riservate alla Corte di Lussemburgo, anche nella eventualità in cui tali questioni incidano su un giudizio di costituzionalità. Leggo la massima ufficiale: *«la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza. Nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale la Corte è, a differenza di quelli promossi in via incidentale, l'unico giudice*

*chiamato a pronunciarsi sulla controversia. Essa è pertanto legittimata ad effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE risultando altrimenti lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di Giustizia CE».*

Non credo ci voglia molto per rendersi conto della portata “sconvolgente” che queste decisioni della Corte costituzionale hanno determinato nel panorama giurisprudenziale e, se si vuole, giurisdizionale: abituati, come siamo, a interpretare il ruolo della giurisdizione come una funzione che gode di indipendenza tale da “mal sopportare” condizionamenti di giurisdizioni diverse e non sopraordinate a quella chiamata a pronunciarsi sul singolo caso di specie. Il principio costituzionale su cui si fonda questa indipendenza – che vuole i giudici soggetti soltanto alla legge – parrebbe quasi incrinato da quella che prima ho considerato come una sorta di intrusione esterna nella sfera delle “autonomie giurisdizionali nazionali”. Ed è noto come questo nuovo fenomeno di una pluralità di Carte e di Corti abbia indotto gli studiosi ad enunciare il principio delle giurisdizioni multilivello.

Non sto qui a dire quanto tutto ciò comporti – specie tra i più anziani e tradizionalisti di noi – una sorta di istintiva ritrosia a cedere lo “scettro” della autonomia e indipendenza della giurisdizione e a convertirsi ad una prospettiva, per così dire, dialogante con le altre Corti, in una dimensione giurisdizionale europea. Ed è altrettanto facile preconizzare – e qualche segnale lo si può forse registrare già oggi – le possibili frizioni che un simile assetto multilivello può determinare sul piano delle interpretazioni: anch'esse, multilivello.

Ma tutto ciò, ovviamente, non può far velo all'esigenza – già profondamente avvertita e a mio avviso storicamente ineludibile – di una necessaria rimodulazione dei sistemi normativi in genere, e di quelli processuali in specie, verso un disegno di “armonizzazione europea”. Ed è evidente come, in questo tipo di prospettiva, il percorso sia ancora lunghissimo; spesso ci si imbatte in strutture normative non emendabili né sul piano interpretativo, né, addirittura, su quello costituzionale. Anche la Corte costituzionale soffre infatti i naturali limiti della sua funzione quando, ad esempio, lo stesso strumento della sentenza additiva – pure se spinto agli estremi confini della sua estensione – non sia in grado di porre rimedio alla normativa interna che si ponga in frizione con i principi della CEDU. Di ciò sono prova le decisioni, come la sentenza n. 129 del 2008 in tema di revisione, nelle quali la Corte – pur prendendo atto della necessità di colmare i vuoti dell'ordinamento nazionale stigmatizzati dalla Corte EDU – non ha potuto fare altro che sollecitare il legislatore ad intervenire.

Un ultimo rilievo, a proposito della dimensione europea della “lente” attraverso cui mettere a fuoco principi e valori. E' interessante notare come – a fronte dell'apertura dimostrata

dalla Corte Costituzionale verso tale dimensione – il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, con una sentenza del 30 giugno scorso assai discussa, abbia chiesto una maggiore attenzione per il principio di democrazia e per la difesa delle prerogative parlamentari, rispetto a certe scelte del Governo nazionale che tocchino – nell’applicazione del Trattato di Lisbona – talune materie sensibili per l’“identità costituzionale” tedesca. E, fra tali materie, il *BVG* ricomprende esplicitamente quelle del diritto penale sostanziale e della procedura penale.

Non è questa la sede per approfondire il problema. E’ sufficiente osservare come la decisione del *BVG* non sia certamente – come molti hanno sostenuto – un semaforo rosso per l’ulteriore sviluppo del processo di integrazione europea; ma sia la conferma della complessità dei problemi che segnano, anche nel campo del processo penale, il disegno di “armonizzazione europea”.

E su quei problemi varrà la pena di riflettere; ma questa è un’altra storia.