

Il processo “guastato” dalla corruzione del contraddittorio

Simona C. Sagnotti

Università degli Studi di Perugia

Abstract: The Process “Marred” by the Corruption of the Cross-Examination

The focus of this essay concerns the equal treatment of the procedural parties in the Italian trial. Especially following the last legislation, for the first time, there is a strong gap between the civil and criminal proceedings regarding the equality between prosecutor and defense attorney. While in the civil process this parity becomes more and more effective; the criminal trial, despite the very clear constitutional and ordinary legislation, still does not guarantee such equality.

Keywords: Criminal, Civil, Proceedings, Trial, Equality.

Sommario: 1. Il contraddittorio. – 2. Il contraddittorio nel processo civile. – 3. Il diritto di difesa. – 4. Il contraddittorio nel processo penale.

1. Il contraddittorio

Il processo nasce con il contraddittorio. E affonda le proprie radici in un cammino a ritroso nel tempo. Nell'Antico Testamento o ancor prima¹ già si affaccia l'idea che la soluzione corretta di un conflitto non si possa dare se non udite le parti coinvolte.

Così, dal processo greco a quello romano, seppur per strade alterne, si giunge ai giorni nostri.

Il processo vigente oggi in Italia – sul quale intendo centrare l'attenzione – si riallaccia significativamente, seppur parzialmente, a quello classico soltanto a

¹ P. Alvazzi del Frate, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, Giappichelli, 2011, v. in partic., cap. VII – “Garantismo e ‘giusto processo’”, pp. 135 e ss.

partire dalla riforma costituzionale che culminerà nella revisione dell’art. 111 della stessa Costituzione.

È infatti solo dalla riformulazione dell’art. 111 Cost. che l’art. 24 Cost., sull’invulnerabilità della difesa “in ogni stato e grado del procedimento”, incontra una prima realizzazione fattuale laddove si introduce il concetto di “giusto processo” nel senso di un processo che “si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

Come spesso accade, ogni mutamento, ogni novità faticano ad affermarsi. Ed è esattamente ciò che è successo anche nel nostro ordinamento giuridico, persino a seguito dell’ingresso del nuovo codice di procedura penale.

Codice, quest’ultimo, che doveva proprio segnare la fine del rito inquisitorio a favore del rito accusatorio. Ossia di un giudizio in cui nulla usciva da una sentenza senza che tutte le parti avessero potuto presentare le proprie argomentazioni e rispondere alle eventuali contestazioni.

Ma proprio qui, proprio di fronte a questa dialettica argomentativa per affermazioni e confutazioni che è alla base del concetto stesso di contraddittorio, che Atena², una dea, fissa quale principio costitutivo di ogni giudizio, ebbero proprio su questo punto il nostro ordinamento processuale incontra forti resistenze.

2. Il contraddittorio nel processo civile

Resistenze già messe in evidenza da principio dalla dottrina sul piano processual-civilistico. Francesco Paolo Luiso, per alcuni aspetti, Sergio Chiarloni, per altri, hanno sollevato, rispettivamente, questioni riguardanti il giusto processo e il rispetto del contraddittorio come quello della ragionevole durata del processo stesso³.

Si tratta delle sentenze note come “sentenze della terza via”, ossia quelle sentenze nelle quali il giudice decide sulla base di questioni rilevate d’ufficio, negando, in tal modo, alcun diritto alle parti di controbattere alle argomentazioni addotte nella motivazione della sentenza.

La vicenda come è noto, si concluderà con la riformulazione dell’art. 101 cpc, come da l. n.69 del 2009. Lì, al secondo comma, si legge: “Se [il giudice] ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice

² Eschilo, “Le Eumenidi”, in *Le Tragedie*, Torino, Einaudi, 1958. Cfr. S.C. Sagnotti, “Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica”, in F.R. Dinacci, *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010; R. Paradisi, “La Contesa e il processo. Il processo accusatorio alle origini del pensiero occidentale: dalla dialettica platonica alla cross-examination”, in S.C. Sagnotti (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Perugia, Margiacchi, 2005; R. Paradisi, *Il logos del processo*, Torino, Giappichelli, 2015.

³ F. P. Luiso, “Questioni rilevate d’ufficio e contraddittorio. Una sentenza ‘rivoluzionaria’”, in *Giustizia civile*, 1 (2002), pp. 1611-1615. S. Chiarloni, “La sentenza “della terza via” in Cassazione. Un altro caso di formalismo delle garanzie?”, in *Giurisprudenza italiana*, 1 (2002), pp. 1362-1365. Sulla questione v. anche P. Sommaggio, “Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo”, in M. Manzin, *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 159-216. S.C. Sagnotti, “Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica”, cit.

riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

Tra la dottrina e l'intervento legislativo, inutile dire che la giurisprudenza ha oscillato tra il riconoscere o meno la violazione del contraddittorio, assestandosi solo, da ultimo a favore della violazione.

È da sottolineare che è questo uno di quei casi in cui la dottrina ha fornito impulso all'attività legislativa. Divenendo essa stessa non solo fonte per l'attività giurisprudenziale, quanto per quella politica, ossia legislativa.

3. Il diritto di difesa

Il secondo comma dell'art. 101 c.p.c., al fine – si potrebbe dire – rende giustizia all'art. 24 Cost. sul diritto di difesa.

Il primo comma di questo articolo della Costituzione fissa il principio in base al quale “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. All'affermazione di un diritto (o interesse legittimo, ovviamente) si contrappone, come giusto peso riequilibratore, il diritto a difendersi dall' “attacco”. E così al secondo comma dello stesso articolo si afferma un diverso, e tutt'altro che meno importante principio, in virtù del quale si “la difesa è” riconosciuta come “diritto inviolabile”. E lo è “in ogni stato e grado del procedimento”.

Dalla lettura congiunta dell'art. 24 Cost. e dell'art. 101 c.p.c. iniziano a farsi strada i connotati di quel “giusto processo” di cui all'art. 111 della Costituzione.

Il brocardo tramandoci da Tacito secondo cui “*cuique defensio tribuenda*”⁴, già ideologicamente implicito nell'art. 24 Cost., esce rafforzato dalla riformulazione dell'art. 101 c.p.c.. Nel senso che a una semplice affermazione di principio si inizia a dar seguito fattuale attraverso un'impalcatura normativa che, scendendo nel dettaglio della prassi, rende effettivo e non più solo teorico il principio del diritto di difesa.

A “perfezionare” il diritto alla difesa si deve aggiungere la lettura contestuale di un altro articolo “rinnovato”, quale il già citato art. 111 della Costituzione”. Più noto come l'articolo contenente la disciplina del “giusto processo”.

È questo un articolo che merita un esame dettagliato. Ritengo, infatti, che, specie in questo caso, ogni singola parola costituisca una lastra pesante, finemente smussata e saldamente posata sulla quale si costruisce la strada della giustizia.

Iniziamo dal primo comma.

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

Tre sono le parole chiave sulle quali focalizzare l'attenzione. Giurisdizione, giusto e legge. Questo primo comma, infatti offre, dapprima, una definizione del concetto di giurisdizione. Una definizione, non meramente teoretica ma anche pragmatica, affermando che essa giurisdizione si realizzi – ossia prenda corpo, si

⁴ Tacito, *Annali*, 13,20

faccia materia, venga alla luce – solo attraverso un processo che la stessa legge decide di definire giusto.

La giurisdizione dunque quale esecutrice di giustizia. Ma la giustizia è concetto legato all’etica. E questa istanza etica però deve essere regolata dalla legge. Principi etici giuridicizzati attraverso una fonte costituzionale e demandati al legislatore ordinario, salvo per quanto disposto già al comma 2 dello stesso articolo 111.

“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

Il giusto processo prende corpo man mano che si scorre questo articolo. E possiamo ben dire che il giusto processo altro non è che quello che si fonda sul contraddittorio, senza squilibrio alcuno tra le parti e in presenza di un giudice che sia terzo e imparziale. La ragionevole durata del processo, quale espressione di giustizia dello stesso, è fissato solo in via di principio a livello costituzionale, rinviando per i contenuti specifici al legislatore ordinario.

Insomma, l’ossatura del giusto processo costruita direttamente dal Costituente riguarda primariamente il rispetto del *contraddittorio*. È su questo, infatti, che l’art. 111 Cost. fissa direttamente e in prima persona – se si può dire – alcuni paletti. *Non mera enunciazione di principio*, come per la ragionevole durata del processo. Ma *concetto espresso a chiare note*.

Giurisdizione e giusto processo non possono che andare di pari passo. E per far questo le parti debbono fronteggiarsi ad armi pari tra loro e di fronte a un giudice che non propenda per alcuna di esse e sia disposto all’ascolto di entrambe senza alcun pregiudizio.

L’art. 111 Cost. unitamente al 24 Cost. e al 101 c.p.c. vanno letti come una macronorma che ha anche valore ermeneutico chiarificatore di altre norme di dettaglio. Come dire che è dalla lettura contestuale di queste norme che possiamo estrapolare quei principi generali che hanno anche valenza interpretativa.

Sulla base di questa conclusione, in ambito civilistico mi sembra che qualche conquista si sia fatta. Cosa detta il Costituente, cosa dovrà disciplinare il legislatore ordinario, con quali criteri risolvere eventuali antinomie o colmare lacune.

Ma è a questo punto, spostandoci dal civile al penale, che deflagrano le aporie. Come vedremo di seguito.

4. Il contraddittorio nel processo penale

Come già fatto notare, il passaggio da un processo di tipo inquisitorio ad uno di tipo accusatorio è tutt’altro che agile. Nell’ambito del processo penale, in particolare, l’aspirazione al raggiungimento della “verità”, che è connaturata al rito inquisitorio, continua ad aleggiare sopra il nuovo processo accusatorio, come un fantasma del passato che infesta un castello che ormai andrebbe abbandonato.

Se la *verità* è il fine del processo *inquisitorio*, il *verosimile* lo è di quello *accusatorio*. E poiché al verosimile si giunge attraverso un *confronto dialettico*, il

contraddittorio ne costituisce l'asse portante; cosa che non è nel processo inquisitorio.

Detto ciò, occorre precisare che le *ragioni* che hanno spinto nella direzione dell'uno e dell'altro rito sono svariate. In primis, ovviamente, *storiche*. E non sempre basta una legge, o un corpo di leggi come nel nostro caso, a cambiare la realtà. L'*ideologia retrostante* la scelta originaria a favore di uno dei due modelli processuali rischia, infatti, di penetrare nel nuovo e contrapposto modello. Così che il *nostro nuovo processo accusatorio*, a dispetto delle modifiche legislative, finanche di grado costituzionale, risulti *spurio* a causa del trascinarsi di ideologie pregresse.

Non che questo avvenga solo nel nostro processo accusatorio, ma nel nostro è tanto evidente da far sì che il giudice in sentenza possa argomentare su fatti e questioni completamente sottratte al *contraddittorio*.

Insomma, ciò che non accade più nel processo civile, permane, di contro, in quello penale. "Il *contraddittorio tra le parti*" messo a cardine di "ogni processo" dall'art 111 Cost. – per di più in assenza di rinvii a leggi ordinarie, come, diversamente, è per la "ragionevole durata", indicata nello stesso articolo – nel processo penale risulta "vastato", "guastato", in sintesi, "corrotto" da quella ideologia che aveva portato in precedenza al processo inquisitorio. Il fantasma della verità finisce così per infettare il nostro processo penale, riducendo la portata del *contraddittorio* nel momento in cui il giudice che, sempre stando all'art. 111 Cost. dovrebbe essere "terzo e imparziale" si fa parte, sostituendosi ad una di esse e fornendo, in sua vece, argomentazioni mai presentate in fase dibattimentale. E, cosa anch'essa della massima gravità, il tutto avendo l'ardire di fornire "prove" non formatesi nel dibattimento, in aperta violazione al comma 4 del citato art. 111 Cost., laddove recita che "il processo penale è regolato dal principio del *contraddittorio* nella formazione della prova".

A questo punto, cosa dire? Un gran pasticcio!

Ogni processo – che vuol dire nessuno escluso -, come si è evidenziato sopra, *deve* svolgersi nel rispetto del *contraddittorio*. E, *in assenza* di rinvii alla *legge ordinaria*, che peraltro *non c'è stata*, questo non può essere in alcun modo limitato per il processo penale. Ma c'è di più. È proprio nel processo penale che le prove – ribadisco - debbono formarsi nel dibattimento, non potendo per questa ragione sfuggire al *contraddittorio*. E anche in questo caso non c'è nella norma costituzionale alcun rinvio alla legge ordinaria.

In questo specifico articolo, il 111 Cost., l'assenza, laddove c'è, di rinvii al legislatore ordinario assume un carattere così forte da valere come norma e/o norme di *invalidità preclusiva*, comportanti automaticamente la *nullità degli atti in violazione*. Tutti. Non solo normativi, ma *anche giurisdizionali*. Tanto bene si vede perché dove il costituente ha voluto rinviare al legislatore ordinario lo ha fatto espressamente. Come abbiamo già evidenziato a proposito della ragionevole durata del processo.

Ma allora come è possibile che nel "nuovo" processo penale italiano, pensato e dettato come giusto processo possa risultare corrotto proprio il *contraddittorio* che ne è elemento costitutivo?

Il retaggio storico-ideologico che la nostra cultura giuridica non riesce ad abbandonare, quello che tiene il processo penale ancora legato al concetto di verità, a discapito di quello di verosimiglianza del verdetto – mi verrebbe da dire che – si aggrappi a tutto: in particolare, ad un articolo del codice di procedura penale, ossia l’art. 124. Questo articolo dispone che per quelle violazioni di norme contenute nello stesso c.p.p. da parte di un giudice, dei suoi ausiliari, ... laddove non sia prevista la nullità, unico “rimedio” sarebbe una sanzione disciplinare. Così che qualora il giudice violi il contraddittorio nella sentenza, decidendo in motivazione su questioni sottratte al dibattimento, non esista alcuno strumento in mano alle parti per avere giustizia della violazione stessa.

Ora, a parte il fatto che, come ho sopra argomentato, l’art. 111 Cost, come non pochi articoli della Costituzione fungono anche da norme di invalidità. E, sempre come argomentato sopra, nella fattispecie si ravvede lampante un caso di invalidazione originaria, ossia di una norma di invalidità preclusiva. Di una norma che sancisce la nullità degli atti prodotti in violazione sia del contraddittorio tra le parti che della formazione della prova nel dibattimento. A parte questo – di per sé già ben più che bastevole – ritengo decisamente forzata l’interpretazione dell’art. 124 c.p.p. in connessione al giusto processo. La *ratio* della norma *ab origine* certo non era quella, ma anche volendo attualizzarla, mi rimane difficile pensare che una sola norma del codice di procedura penale possa “avere la meglio” su uno e più articoli della Costituzione. Tutt’al più doveva essere il contrario. È la legge ordinaria che deve essere interpretata alla luce dei principi contenuti nella carta costituzionale. La Costituzione, infatti, quando non dispone direttamente, o svolge una funzione programmatica – indicando al legislatore ordinario la strada da percorrere – o una funzione ermeneutica – fornendo i criteri di interpretazione delle leggi ordinarie – o valida o invalida norme di rango inferiore. Ma “difficilmente” accadrà il contrario.

Perciò il fantasma della verità posseduta dal giudice, a dispetto delle parti, in un processo che voglia dirsi sul serio accusatorio, un giusto processo, appunto, prima o poi dovrà cedere il passo alla verosimiglianza del verdetto quale esce dalle prove fornite in dibattimento, unitamente alle concorrenti argomentazioni.

Purtroppo, calcando le nostre aule di giustizia, a volte sembra ancora di muoverci all’interno di quel castello fatiscente in cui il fantasma della verità si ingrassa nella figura di un giudice. Penso a quel “Giudice rosso” (1890) dipinto da James Ensor. Quel giudice che sembra nutrirsi, ingozzarsi a spese delle parti, ormai ischeletrite, che pure rivolgono la dentatura alle orecchie del magistrato, senza mai essere state udite.

Questo è quello che comporta corrompere il contraddittorio, negarlo a favore della verità di cui non è il giudice a disporre. Non riuscendo mai, o ben di rado, a ricostruire ogni azione, ogni movente, ogni fatto, ... Potendo, di contro, solo – più umilmente, ma anche più rigorosamente – avvicinarsi. La verità sui fatti degli uomini non essendo probabilmente nelle loro stesse mani.