

IL CREPUSCOLO DELLA LEGALITÀ PROCESSUALE AL TEMPO DEL GIUSTO PROCESSO

1. Vorrei prendere le mosse da un semplice sillogismo costituzionale: premessa maggiore, la giurisdizione penale si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111 comma 1 Cost.); premessa minore, i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.); conclusione, ai giudici non è consentito stabilire una disciplina del processo diversa da quella legale, pena la violazione del principio costituzionale di legalità processuale e la compromissione del loro ruolo di soggetti chiamati ad applicare *soltanto* la legge.

Il ragionamento condotto con un sillogismo è di carattere necessario e formale e la sua correttezza dipende dalla struttura (forma) e non dal significato delle parole (legge). Nell'inferenza sillogistica, come soggetto o predicato, figura, non a caso, sempre lo stesso termine, la legge (processuale), che rappresenta l'architrate di tutta l'argomentazione.

Il tema della legalità processuale richiama alla mente una serie di coppie di concetti antitetici: forma e sostanza, garanzie ed efficienza, giusto processo e ragionevole durata, diritto codificato e diritto giurisprudenziale.

Le antitesi vengono abitualmente presentate da chi vuole evidenziare la sterilità di alcuni concetti a fronte della fecondità di altri, tentando così di svuotare dall'interno la validità formale del sillogismo, attribuendo un diverso significato al termine legge.

Ad esempio, si contrappone la forma alla sostanza per sottolineare come la prima sia fine a se stessa, improduttiva di risultati processuali utili e, come tale da abbandonare. Chi invoca il rispetto delle forme non è considerato portatore di valori, non avendo a cuore l'efficienza processuale, sommo valore da tutelare quale incarnazione della sostanza.

Così ragionando si dimentica, però, che le forme sono legislative e che in un sistema costituzionale, democratico e razionale le forme non sono contrapposte ai valori, ma sottendono proprio scelte politiche di valore.

Le forme nel processo simbolizzano, dunque, precise scelte valoriali, assiologicamente orientate alla tutela prioritaria di determinati principi prevalentemente di rango costituzionale o comunque super legislativo. Se così

non fosse, se ci trovassimo di fronte a vuote previsioni di legge, per di più lesive dell'efficienza processuale, la magistratura avrebbe il preciso dovere di sottoporre le irrazionali scelte politiche allo scrutinio di legittimità costituzionale.

Chi invoca, rispetta, calpesta le forme, invoca, rispetta o calpesta valori e principi, comunque aventi rilevanza costituzionale¹.

E' dunque arbitraria l'operazione, pseudo ermeneutica, che vorrebbe ridurre la portata applicativa del principio di legalità processuale al solo nucleo essenziale di valori costituzionali etichettati come giusto processo².

Il processo è giusto, in tutti i suoi snodi, in tutta la sequenza procedimentale, nella misura in cui attua i principi costituzionali. E non esistono forme processuali che non sottendano valori costituzionali. Come detto, tutto il procedimento penale, dalla notizia di reato al giudicato, è attuazione di valori costituzionalmente rilevanti, per non parlare dei sempre più attuali principi europei della grande e della piccola Europa³.

Come si può, allora, ritagliare nella sequenza procedimentale il singolo segmento del nucleo essenziale del giusto processo? Soprattutto, chi può stabilire ciò, chi sarebbe legittimato a compiere una simile operazione che esula dall'ermeneutica e sfocia in una precisa scelta politica? Non certo la magistratura, non certo in sede di mera interpretazione del dettato codicistico.

Detto altrimenti, quale disposizione o quale istituto processuale non sarebbe attuazione del diritto inviolabile di difesa, del diritto alla libertà personale o di altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti? Di fatto, quali aspetti della disciplina processuale possono dirsi estranei all'attuazione del combinato disposto degli art. 13, 14, 15, 24 comma 2, 27 comma 2, 111 e 112 Cost.?

Va quindi smentito il primo assunto dei fautori di una nuova teoria sostanzialistica delle invalidità processuali: è arbitrario restringere il principio di legalità processuale a un non meglio definito nucleo essenziale del giusto

¹ Così M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo* (1994), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, p. 3. Il presente scritto è largamente debitoro alla lucidissima analisi condotta da M. Nobili, che, a distanza di ormai venti anni, è forse oggi ancor più attuale, a testimonianza della lungimiranza delle critiche allora espresse dall'autore.

² Per la compiuta esposizione di questa teorizzazione si rinvia a G. SANTALUCIA, *Riflessioni sistematiche*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino 2015, p. 701 ss.

³ Sul punto, volendo, v. O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Europa e giustizia penale*, a cura di F. Viganò – O. Mazza, supplemento a "Dir. pen. proc.", 2011, p. 33 ss.

processo. Si tratta di un'operazione contestabile già a partire dal suo presupposto teorico e certamente non praticabile in sede ermeneutica.

Tornando all'antitesi forma/sostanza occorre essere chiari: senza forme, senza legalità processuale, non siamo più nel campo del diritto, non vi è più un processo inteso come concatenazione regolata di atti. Ci si sposta su un altro terreno, che sicuramente può risultare produttivo di risultati, ma non è degno di un ordinamento democratico. Senza le forme del processo penale l'amministrazione della giustizia diventa puro atto politico.

Cerchiamo di analizzare meglio il fenomeno: le nuove affermazioni giurisprudenziali sottendono «una sorta di supremazia costituzionale del magistrato rispetto alle norme di procedura ... vien concepito un nuovo tipo di indipendenza della magistratura: l'indipendenza dalla legge processuale»⁴.

Tutto ciò è compatibile con il sistema costituzionale e con il sillogismo dal quale siamo partiti? La risposta non può che essere negativa. E non si può arrivare a conclusioni diverse cercando di sterilizzare legalità e forme, tentando di rinchiuderle nell'angusto ambito di un non meglio definito nocciolo duro del giusto processo.

Va ribadito con forza che la procedura penale è una regola superiore, di diretta derivazione costituzionale, e rappresenta un limite al potere del magistrato. Non può degradare a qualcosa di inferiore, di sottoposto al potere giurisdizionale.

La teoria del pregiudizio effettivo⁵ e quella analoga delle “nullità moderne”⁶ sono il miglior terreno su cui misurare un netto aspetto autoritario della giurisdizione. Il minimo comun denominatore delle nuove teorie dell'invalidità è rappresentato dal sinistro fascino del processo penale del risultato nel quale il raggiungimento dello scopo domina su tutto il resto. Non è la caccia che vale più della preda⁷, ma esattamente l'opposto: pur di catturare la preda - e la metafora tristemente scolora nella realtà - si giustifica il bracconaggio, una caccia senza regole giustificata dal risultato.

⁴ M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, cit., p. 2.

⁵ Al riguardo, si rinvia all'approfondito studio di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna 2012, *passim*.

⁶ Secondo la definizione di F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, p. 135 ss.

⁷ Ricorda icasticamente F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in *Id.*, *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, p. 220, che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato». Analogamente, secondo T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in “Riv. trim. dir. proc. civ.”, 1958, p. 858, «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato».

A dispetto delle teorizzazioni giurisprudenziali, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L'obiettivo, in termini cognitivi, non è altro che la naturale risultante del percorso seguito, ossia del rispetto delle regole di procedura scandite da una scala di valori da rispettare, in cima alla quale vi sono le garanzie dell'imputato. I diritti fondamentali dell'individuo accusato di un reato non possono entrare in bilanciamento con altri presunti valori, dalla ragionevole durata del processo ai diritti della vittima che nel processo è, specularmente all'imputato presunto innocente, una presunta non vittima del reato o comunque dell'accusato.

Troppo spesso si dimentica il preciso insegnamento che ci ha fornito la Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009, forse la miglior pronuncia sul giusto processo: il «diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del 'giusto' processo ... Un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁸.

Dunque, diritti e garanzie dell'imputato, da un lato, e durata ragionevole del processo, dall'altro, sono unità costituzionalmente non commensurabili né, tantomeno, bilanciabili.

2. Veniamo all'idea di fondo, alla quale è difficile arrendersi: i diritti dei cittadini sottoposti a procedimento penale sono affidati alla tutela che dovrebbe loro fornire la prassi giurisprudenziale piuttosto che al rigoroso rispetto delle regole di legge.

Ci troviamo dinanzi a un sistema penale formalmente concepito e ancora oggi giustificato sul primato della legge che, tuttavia, ha lasciato ampio spazio a un diverso sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato⁹.

La legge, soprattutto quella di procedura, viene guardata come un prodotto infido, sospetto, di rango inferiore, un inutile ostacolo collocato sulla via che separa l'autorità procedente dal risultato cognitivo e tendenzialmente punitivo.

Agli occhi del giudice, la procedura penale viene rivalutata quando si trasforma in strumento di contrasto preventivo al crimine: basti pensare al

⁸ C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in "Cass. pen.", 2009, p. 1734.

⁹ In tal senso, v. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale* (1995), in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 185 e 189.

sistema delle misure cautelari ormai legislativamente contaminato da programmi di prevenzione della violenza ai quali si deve sottoporre chi ambisca a recuperare celermente la libertà personale¹⁰.

La procedura penale si è così trasfigurata in luogo deputato ad esercitare il potere, piuttosto che come regola destinata a limitarlo¹¹.

Stando così le cose, e credo che nessun osservatore imparziale possa dubitarne, mi sembra giunto il momento di sollecitare con forza il risveglio delle coscienze ormai intorpidite e rassegnate, a partire da quelle dei giuristi di estrazione accademica che finora hanno serbato un assordante silenzio sul tema della legalità processuale, meritevole di ben altri studi e approfondimenti.

Bisogna riscoprire i valori del garantismo classico, senza pensare di condurre una battaglia di retroguardia.

La legalità del processo, *in primis*, è da sempre l'unico baluardo che protegge l'imputato di fronte all'autorità. Non è un caso se l'Assemblea costituente francese, nell'autunno del 1789, ha voluto affermare il principio per cui la giustizia è amministrata secondo le forme determinate dalla legge¹².

Va riaffermata la centralità del tema delle forme del rito penale, della loro natura di garanzia, peraltro non solo individuale, della stessa legittimazione democratica che la giustizia penale trova solo nel rispetto delle forme di garanzia dei valori costituzionali. Solo chi legittimamente detiene il potere politico, ossia il popolo nelle forme della rappresentanza parlamentare, può decidere quali siano le forme e i modi con cui amministrare la giustizia penale. Alle scelte democratiche del legislatore non può sostituirsi la magistratura, nemmeno nelle sue più alte rappresentanze.

Peraltro, il tema della legalità processuale non è nuovo e non nasce con la riforma dell'art. 111 Cost., anzi, paradossalmente, il principio entra in profonda crisi proprio quando viene formalmente costituzionalizzato.

La struttura del codice, fin dalla sua originaria versione, è intrisa di legalità processuale. C'è un filo rosso che lega l'articolo 124 c.p.p., laddove si impone ai giudici e in genere all'apparato statale l'osservanza della legge procedurale al di là del sistema delle invalidità, pena la responsabilità disciplinare, all'articolo 1 c.p.p., per cui la giurisdizione penale è esercitata dai giudici secondo le norme del codice, all'articolo 189 c.p.p., secondo cui le

¹⁰ Il riferimento è all'art. 282-*quater* comma 1 c.p.p., disposizione palesemente illegittima per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost.

¹¹ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 190.

¹² V. ancora M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 201.

prove sono espressamente disciplinate dalla legge e le prove atipiche rappresentano un'eccezione ben definita, all'articolo 220 delle norme di attuazione c.p.p. che segna l'*incipit* della legalità processuale fin dal primo istante in cui emergano indizi di reato. Per non dimenticare il principio di stretta legalità delle nullità, scolpito nell'articolo 177 c.p.p., o delle ipotesi di decadenza, imposto dall'articolo 173 c.p.p., o quello di tassatività delle impugnazioni. Il filo conduttore della legalità processuale lo possiamo scorgere ancor più nitidamente nella disciplina costituzionale del processo, dall'articolo 25 comma 1 Cost. sul giudice, all'articolo 112 Cost. in tema di azione, agli articoli 13 e 27 comma 2 Cost. sulla custodia cautelare e i suoi fini, agli atti incidenti sulle libertà di domicilio e di comunicazione, dettagliatamente regolati dagli articoli 14 e 15 Cost. Senza dimenticare il già citato articolo 101 comma 2 Cost. da cui discende non solo l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri statuali, ma per le funzioni interne al processo, la soggezione alla legge di procedura, e l'art. 111 comma 1 Cost. che non lascia dubbi sulla portata del principio volta ad abbracciare tutto il processo.

3. Come detto, la cultura del garantismo si è assopita proprio al tempo del giusto processo costituzionalizzato. E lo dimostra il successo, anche editoriale, di monografie intellettualmente oneste nel disvelare la scarsa concezione della legalità processuale in seno alla magistratura¹³. Dietro l'apprezzamento per l'apparente pragmatismo si cela, ancora una volta, il fascino irresistibile di quell'idea del processo legittimato dal raggiungimento del fine.

Il sistema delle nullità non è più considerato la legittima difesa dell'accusato di fronte alla pretesa punitiva, valore garantista, o il sistema immunitario del processo penale, valore finalistico legato alla funzione cognitiva del processo. Si è persa l'idea che il giusto processo sia solo quello depurato dagli atti nulli. Si è abbandonato il principio secondo cui solo il legislatore può compiere valutazioni assiologicamente orientate¹⁴.

Il termine formalismo, alto e nobile valore di garanzia, è ormai inteso solo nella sua accezione deteriore e distorta. Tassatività delle nullità e formalismo sono considerati strumenti irrazionali e superati.

Sul terreno "minato" delle invalidità la Cassazione reagisce al primato

¹³ Il riferimento è a F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., *passim*.

¹⁴ Si sono volutamente parafrasate alcune centrali affermazioni di F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 124-125.

della legalità processuale seguendo nuovi percorsi, lungo almeno quattro direttrici fondamentali¹⁵:

1) ridurre l'area delle nullità assolute in favore di un corrispettivo ampliamento di quella delle nullità intermedie, più facilmente soggette a sanatoria o a decadenza per la loro deduzione, soprattutto ritenute non obbligatoriamente rilevabili d'ufficio;

2) prosciugare il concetto di invalidità derivata secondo un principio che potremmo definire dell'*horror regressionis*;

3) trasformare la prova nulla tipica in prova atipica valida: ad esempio, la ricognizione formale invalida si trasforma in un riconoscimento informale valido;

4) sterilizzare le nullità formali con il pregiudizio effettivo e la lesività in concreto.

Come si giustifica questa scelta politica della Cassazione che si sostituisce al primato della legge processuale? Invocando la ragionevole durata del processo, dimenticando, però, quanto affermato dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 317 del 2009.

A ciò si affianca la teoria del nucleo minimo del giusto processo, oltre il quale il riconoscimento di forme e garanzie deve venire a patti con la ragionevole durata che diviene così valore superiore nell'improprio bilanciamento.

L'operazione è sottile e dirompente al tempo stesso: la magistratura rivendica a sé il potere di stabilire fino a che punto la procedura penale deve essere regola di garanzia e quando invece diviene sterile formalismo superabile da una interpretazione *contra o praeter legem*. Dunque, il principio di legalità processuale è relegato nel recinto del nucleo minimo del giusto processo arbitrariamente perimetrato dalla stessa magistratura con delimitazioni variabili a seconda delle necessità dei casi concreti.

Ma vi è di più: storicamente le nullità formali e tassative dovevano essere solo constatate mediante il geometrico raffronto dell'atto concreto con il modello legale. Oggi, invece, non basta più la violazione della fattispecie, la nullità va provata, si passa dal diritto al fatto, chi la deduce ha l'onere di dimostrare anche le conseguenze concretamente lesive della violazione di legge¹⁶. Si tratta della "nullità moderna" che deve essere dimostrata sul versante del pregiudizio effettivamente arrecato al bene giuridico protetto.

¹⁵ Indicate chiaramente da F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 128.

¹⁶ Ancora una volta sono riportate le limpide considerazioni di F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 136.

Gli esempi di questa moderna nullità, declinata sul paradigma del pregiudizio effettivo, sono però sconcertanti per chi serba un minimo di spirito garantista. Basti pensare al caso dell'imputato legittimamente impedito che non partecipi all'udienza nel corso della quale si assumano prove riguardanti altre posizioni: nullità irrilevante non lesiva¹⁷.

L'obiezione è fin troppo scontata. Se il processo è cumulativo, vuol dire che un qualche collegamento fra le posizioni degli imputati vi è; inoltre, come si può escludere *a priori* che l'esito dell'assunzione probatoria non sarebbe stato condizionato dalla presenza dell'imputato in modo a lui più favorevole?

Si è poi costruita, sempre in modo arbitrario, la categoria delle validità lesive: in base all'art. 97 comma 4 c.p.p., così come erroneamente interpretato dalla Cassazione¹⁸, non viene concesso un termine al sostituto del difensore senza che il diniego integri nullità. Il processo, perciò, si svolgerebbe validamente dinanzi a un difensore ignorante del caso, ma con pregiudizio effettivo per la difesa. Siamo al paradosso. Il diniego del termine a difesa in favore del sostituto d'ufficio è frutto di un arbitrio giurisprudenziale, non certo del dettato normativo (art. 97 comma 4 e 108 c.p.p.), ed è quasi irrisorio parlare di validità, sia pure lesiva, di fronte a un atto *contra legem*.

La nullità moderna vede il giudice impegnato nel ruolo di legislatore nella selezione dei valori da tutelare, peraltro in modo casistico e non più in via generale. Il giudice potrà decidere che una nullità non è lesiva e non va dichiarata, mentre una validità lesiva andrà ricondotta nell'alveo delle nullità informali.

Torna la vecchia contrapposizione tra forma e sostanza. La forma è prevedibile e controllabile dalla difesa, è un baluardo insuperabile per i diritti dell'accusato, la sostanza è impalpabile ed è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Sulla sostanza non si costruiscono diritti, ma mere aspettative rimesse alla discrezionale valutazione del giudice. Forse non si tratta nemmeno di discrezionalità. Se manca una solida base giuridica, la libertà decisionale scade inevitabilmente nell'arbitrio.

Il principio di lesività dell'atto invalido segna la morte della procedura

¹⁷ Gli esempi sono tratti da F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 137 ss.

¹⁸ L'errore, peraltro, è duplice: si contravviene al dato legislativo (art. 108) e si ignora la necessità di una interpretazione convenzionalmente orientata sulla base di precedenti condanne riportate a Strasburgo dal nostro Paese (Corte eur. dir. uomo, 27 aprile 2006, Sannino c. Italia, § 50-52): per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a O. MAZZA, *L'effettività della difesa d'ufficio*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo – R. E. Kostoris, Torino 2008, p. 174 ss.

penale. Non esistono più regole di procedura, ma solo indicazioni non prelettive su come dovrebbe celebrarsi un processo, una sorta di *vademecum*, linee guida contenute nel libro (codice) dei buoni consigli rimesso al prudente apprezzamento giudiziale.

Morta la legalità formale muoiono con lei anche le garanzie dell'imputato. Il potere smisurato del giudice, la sua totale signoria sul processo dovrebbero essere la garanzia dei diritti dell'accusato?

4. Le derive giurisprudenziali si misurano ancor meglio sul terreno dell'abnormità¹⁹ e dell'abuso del processo²⁰.

La decisione delle sezioni unite su quest'ultimo tema porta in sé il germe di nuovi inquietanti scenari. Il giudice sarà chiamato a sindacare non solo la lesività degli atti nulli, ma anche lo scopo per il quale vengono compiuti atti validi. Se lo scopo è strumentale al raggiungimento di finalità illegittime o comunque, secondo il giudice, non degne di tutela, l'atto sarà abusivo e come tale invalido, ancorché formalmente perfetto ed efficace.

Come si può pensare che al giudice sia attribuito il potere di sindacare le ragioni recondite e non dichiarate di scelte difensive legittime? Come si può

¹⁹ Il riferimento è alla sentenza Cass., Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007 - dep. 01/02/2008, P.M. in proc. Battistella, Rv. 238240, secondo cui «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla, poiché, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, è configurabile il vizio dell'abnormità in ogni fattispecie di indebita regressione del procedimento in grado di alterarne l'ordinata sequenza logico-cronologica». Per un commento critico a tale impostazione si rinvia a O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2008, p. 1372 ss.

²⁰ «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso nel caso di specie qualsiasi violazione del diritto alla difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, atteso che lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive - attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili - con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali)» (Cass., Sez. U, n. 155 del 29/09/2011 - dep. 10/01/2012, Rossi e altri, Rv. 251496). Al riguardo, v. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in "Cass. pen.", 2012, p. 2444 ss.; AA.VV., *Abuso del processo*, in "Cass. pen.", 2012, p. 3592 ss.

pensare che nell'atto processuale formalmente valido conti anche l'interno psicologico ossia il concreto motivo che spinge la parte a compierlo?

La procedura penale giurisprudenziale copre ormai ogni forma di invalidità. Basti pensare alla prova di resistenza in tema di inutilizzabilità con cui la Cassazione, a fronte di una censura di mero diritto (art. 606 comma 1 lett. c c.p.p.), si arroga il potere di valutare il fatto o meglio di rivalutare le prove con logica controfattuale. Quando la sentenza si fonda su una prova inutilizzabile, la stessa è invalida e va sostituita da una nuova pronuncia (di merito) che, esclusa la prova inutilizzabile dall'orizzonte decisorio, rivaluti il restante compendio probatorio. Questa attività decisoria sarebbe legalmente preclusa alla Cassazione, ma l'*horror regressionis*, sotto mentite spoglie di efficienza processuale e di riduzione dei tempi, spinge il giudice di legittimità a sostituirsi a quello di merito, incurante dei limiti della sua giurisdizione.

Caduta la legalità processuale il sistema è completamente asservito al potere giurisdizionale. Si sono consegnate da tempo ai giudici le chiavi del processo, invocando la supremazia della sostanza sulla forma, il fine dell'efficienza e della celerità a scapito delle garanzie. Ma vi è anche una tendenza più pericolosa, in quanto meno sfacciatamente anti-garantista. Si fa appello al metro europeo dell'equità complessiva del processo, ai non meglio definiti principi di proporzionalità, di adeguatezza e di effettività per giustificare singole e vistose violazioni delle forme procedurali e delle sottostanti garanzie che però non inficerebbero il saldo attivo del processo. Una parte autorevole della dottrina processualpenalistica fornisce così copertura europea alla violazione della legalità processuale, senza dover contrapporre efficienza a garanzie, ma opponendo, in modo più insidioso e ambiguo, garanzie europee, ritenute reali, concrete, efficienti, alle sterili e vuote garanzie formali, rappresentate dal pedissequo ossequio alla legge²¹.

L'errore di impostazione è evidente. Si invoca un parametro di giudizio europeo, pensato per una valutazione da compiersi *ex post* di un processo già concluso e solo in funzione della tutela minimale dei diritti umani in sede internazionale, ossia per le più vistose violazioni, con l'intento di consegnarlo nella mani del giudice precedente quale criterio di apprezzamento quotidiano dei singoli atti processuali che via via vanno compendosi. L'equità pro-

²¹ Si parla, non a caso, di «legalità dinamica, di tipo “teleologico”, il cui obiettivo sarebbe quello di giungere a un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e quindi parametrato su presupposti di idoneità, adeguatezza, proporzionalità, necessità per il raggiungimento di un determinato scopo, produca in concreto una decisione giusta» (R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. Kostoris, Milano 2015, p. 71).

cessuale complessiva è un criterio elastico e tipico della giurisdizione europea sulla cui base non si può governare lo svolgimento di un processo. Allo stesso modo, sono insoddisfacenti i criteri succedanei, o meglio i corollari, della proporzionalità, dell'adeguatezza e della effettività dietro i quali si nasconde non tanto una nuova legalità europea, quanto la negazione stessa della legalità in favore del *judge made law*.

Si potrebbero portare infiniti esempi al riguardo, ma può essere sufficiente citare una recente sentenza di Strasburgo in tema di diritto al silenzio²²: l'equità processuale complessiva non risulta compromessa quando la condanna non sia stata pronunciata sulla sola base delle dichiarazioni rese nel corso di un interrogatorio in cui l'accusato non è stato informato della facoltà di non rispondere, essendo stato sentito in qualità di testimone. Il parallelo con la prova di resistenza della Cassazione in tema di inutilizzabilità è davvero singolare e fa riflettere.

Del resto, il giudizio secondo equità è da sempre un giudizio senza regole legali, rimesso alla libera discrezionalità del giudice.

Se questo è l'approdo al quale siamo destinati, ritengo doveroso segnalare il rischio di una pericolosa deriva giurisprudenziale della procedura penale, peraltro già da tempo in atto, ma in futuro rivestita di forme nuove e giustificata dalla presunta esigenza di conformarsi a evanescenti principi europei. L'accusato potrà confidare solo nell'equità del giudice, non nei suoi diritti costituzionali attuati dalla legge formale e ordinaria.

Se questo è lo scenario, risvegliamo le nostre coscienze obnubilate dal predominio della giurisprudenza e apriamo una nuova stagione di garantismo classico e legalitario prima che sia troppo tardi.

OLIVIERO MAZZA

²² Corte eur. dir. uomo, sez. II, 16 giugno 2015, Schmid-Laffer c. Svizzera, § 39.