

1. Leggendo il Manifesto dell'Unione delle Camere penali italiane si percepisce con terribile chiarezza l'abisso che si apre tra il *dover essere*, ossia ciò che dovrebbe essere un processo penale secondo gli immutabili, eterni principi di giustizia e l'*essere*, ossia ciò a cui si è ridotto ad essere il nostro processo penale in questi tristi tempi di imperante giustizialismo. Le linee del Manifesto si inquadrano perfettamente nel nostro sistema costituzionale, del quale rappresentano un approfondimento, una specificazione. Tuttavia, se ci chiediamo quale di esse si possa dire effettivamente realizzata dal diritto vivente, dalle prassi che lo accompagnano, ahimè la risposta è pochi, forse nessuno. Dunque, non è solo un atto di ragione, ma anche un atto di fede, di speranza verso l'avvenire.

2. Considero di particolare interesse alcune direttive del Manifesto, non perché più importanti delle altre, ma perché dicono ciò che la Costituzione non ha detto o non poteva dire con altrettanta chiarezza.

Mi riferisco, anzitutto, alla direttiva (punto 33) che coinvolge la gerarchia delle fonti del diritto sulla quale oggi regna la massima confusione, per la sinergia tra diversi fattori: la moltiplicazione delle fonti nazionali e sovranazionali, i poteri para-legislativi di fatto esercitati dalle Corti europee, le teorie del diritto post-moderno che si spingono a parificare la giurisprudenza alla legge, anzi a rendere quest'ultima suddita della prima in una grottesca inversione del fisiologico rapporto tra diritto vigente e diritto vivente. Sappiamo, inoltre, che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il diritto dell'Unione europea prevarrebbe non solo sulle nostre leggi ordinarie – il che appare accettabile – ma persino sulle stesse disposizioni della

* Si tratta del testo riveduto dell'intervento svolto al Convegno per la presentazione del "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo", tenutosi presso l'Università Statale di Milano, nei giorni 10 e 11 maggio 2019. Il Manifesto può leggersi in https://discrimen.it/wp-content/uploads/Manifesto-del-diritto-penale-liberale-e-del-giusto-processo_pubblicazione.pdf.

Costituzione, salve restando solo quelle attinenti ai c.d. principi supremi dell'ordinamento; e tutto ciò in forza di un'interpretazione, a mio avviso piuttosto arbitraria, dell'art. 11 Cost., relativo alle limitazioni di sovranità. Spero che la mia lettura del punto 33 sia corretta e non frutto di *wishful thinking*; ma mi è parso che il Manifesto contribuisca a ristabilire la centralità della Costituzione al vertice delle fonti del diritto. Sino a quando non vi sarà uno Stato federale europeo con la sua relativa Costituzione, la nostra Costituzione deve considerarsi la fonte gerarchicamente primaria del diritto, in ogni suo precetto; così come, fermo restando il controllo di costituzionalità, l'interpretazione giurisprudenziale, ossia il diritto vivente deve restare nella cornice dei significati ragionevolmente ascrivibili al testo delle leggi, rifuggendo da ogni interpretazione 'creativa', in ossequio al fondamentale principio di soggezione del giudice alla sola legge.

Una seconda direttiva (punti 23 e 24) attiene all'uso eccezionale delle misure cautelari e, in particolare, della custodia carceraria. A dispetto di tutti gli aggettivi che circondano il testo degli artt. 274 e 275 c.p.p., occorre prendere atto che l'uso della custodia cautelare rimane tutt'altro che eccezionale. Se si può muovere un appunto a questo riguardo è che il richiamo alle 'specifiche esigenze di carattere processuale' riesce ancora insufficiente, facilmente aggirabile nella prassi, sempre pronta a intravedere pericoli di fuga o di inquinamento delle prove. A mio avviso, la custodia carceraria dovrebbe funzionare come una estrema misura di sicurezza alla quale si ricorre solo in presenza di un effettivo pericolo per la collettività, essendovi ormai numerosi mezzi tecnologici per fronteggiare efficacemente i pericoli di fuga e di inquinamento delle prove. Ma l'aspetto più inquietante oggi è che, mentre imperversa la custodia carceraria, le misure 'alternative', quelle che dovrebbero sostituirla, si sono spesso convertite in misure 'aggiuntive': e così una serie di persone, altrimenti libere, si trovano sottoposte a vincoli più o meno pesanti della propria libertà.

Una terza direttiva (punto 26) riguarda il contraddittorio nella formazione della prova, messo a rischio dalle disposizioni che lo limitano, come l'art. 190-*bis* c.p.p. e le disposizioni sul processo a distanza, o addirittura lo smentiscono come l'art. 238-*bis* relativo all'acquisizione delle sentenze irrevocabili. Anche la Costituzione pone il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ma il Manifesto va oltre e dice che non è solo un diritto individuale, suscettibile in tempi emergenziali di subire delle limitazioni; è soprattutto un *metodo* di ricostruzione dei fatti, una garanzia epistemica che come tale non può subire limitazioni in forza di

questa o quella emergenza, perché una limitazione metterebbe a rischio lo stesso accertamento dei fatti. Capisco la diffidenza verso la ricerca della verità, in nome della quale, come per molti altri ideali, si sono consumati grandi disastri; ma sarebbe un grave errore regalare, consegnare al processo inquisitorio il monopolio di un bene prezioso quale è la ricerca della verità. Difficilmente il cittadino può avere fiducia in una giustizia che non aspiri ad una corretta ricostruzione dei fatti; occorre, perciò, insistere sulla maggiore affidabilità che a questo riguardo offre il processo accusatorio rispetto a quello inquisitorio. Gli inquisitori sono molto fieri di vedere loro riservato il Metodo di accertamento della Verità.

Discorso più complesso merita il punto 13, dove si afferma: «Tutti sono uguali di fronte alla legge. L'interpretazione della legge è uguale per tutti». Se la prima parte appare ovvia, la seconda è, a ben vedere, alquanto ingannevole. Comprendo che l'intenzione fosse quella di evitare discriminazioni interpretative – come suggerisce il detto 'la legge si applica agli avversari, si interpreta per gli amici'. Nondimeno, proprio perché, come accennavo, ogni disposizione (o quasi) è suscettibile di una pluralità di letture, non si può pretendere che tutti i giudici convergano verso la medesima interpretazione. Il solo rimedio per ottenere questo risultato sarebbe quello – a cui non credo aspirino gli avvocati – di concentrare in un organo di vertice come la Cassazione il monopolio interpretativo, imponendo ai giudici di merito l'obbligo giuridico di conformarsi ai precedenti espressi dai giudici di legittimità; una prospettiva che finirebbe per soffocare ogni dialettica sulla *quaestio iuris*, limitando fortemente le stesse possibilità difensive. Purtroppo, un primo passo in questa direzione è contenuto, in embrione, nel nuovo testo dell'art. 618 comma 1 - *bis* c.p.p.

3. Come osservavo all'inizio, il Manifesto è proteso verso l'avvenire, al punto che con slancio utopico, con un atto di incrollabile fiducia nel buon senso del genere umano, si eleva persino ad auspicare ciò che io, più scettico, mai avrei osato proporre, il 'superamento' del diritto penale stesso. Nobile profezia in un momento di cupo giustizialismo! Ma, da un altro profilo, mi pare che questo Manifesto si congiunga idealmente, attraverso i secoli, ad un lontano e illustre passato, ai principi di civiltà giuridica fissati dagli Illuministi, ai Manifesti della Gironda durante la Rivoluzione francese, e in particolare al progetto liberale di Costituzione del 1792 presentato da Nicolas de Condorcet, l'ultimo degli enciclopedisti.

Quel progetto fu fatto a pezzi da Robespierre e Saint-Just. Non potendo reclamare direttamente pieni poteri, presero astutamente come testo-base il progetto girondino; soppressero e tagliarono tutti gli articoli di garanzia, le barriere contro il potere, spianando così, per via di silenzi e di omissioni, la strada alla dittatura.

I Girondini erano in gran parte avvocati, guidati dal genio di Pierre Victorien Vergniaud, il sublime oratore della Convenzione; ma soprattutto, come li ha chiamati Jules Michelet, erano il partito della natura e dell'umanità, lontano dall'inflexibile settarismo in cui eccellevano i Giacobini, sempre obbedienti alla parola del Santissimo di *rue Saint-Honoré n. 398*: e perirono proprio per la intransigente difesa dei diritti di libertà contro ogni forma di autoritarismo, sia quello della monarchia sia quello del terrore instaurato dai Giacobini. Furono condannati in un processo-farsa (24-29 ottobre 1793) dove, con un infame decreto di 'accelerazione' dei tempi processuali, si provvide a ghigliottinare ogni loro difesa, affinché fosse più facile ghigliottinare gli accusati. La generosa crociata per i diritti di libertà, la ferma deplorazione dei massacri del settembre 1792, l'avversione a qualsiasi regalità – tale la sostanza delle accuse mosse nel processo – sono il loro perenne titolo di gloria.

Oggi non si usa più decapitare le persone, ma le garanzie e i testi che le contengono, si decapitano ancora: è già accaduto nel 1992, quando la Corte con due colpi di forbice ha soppresso le regole di esclusione probatoria contenute negli articoli 195 e 500 c.p.p., convertendo il processo accusatorio in una gigantesca istruzione sommaria (Livio Pepino), una forma peggiorata di inquisitorio; 'peggiolata' perché a formare le prove non è un giudice che assicuri almeno una parvenza di imparzialità, ma l'accusatore stesso. Gli avvocati penalisti sono idealmente gli eredi dei Girondini; non a caso, nel mondo del diritto, furono i soli ad opporsi all'affossamento delle garanzie nel codice fascista del 1930. Tocca anzitutto a loro vigilare perché questo non accada più.