

OLIVIERO MAZZA

LE GARANZIE DEBOLI NEL RELATIVISMO DELLA CORTE  
DI STRASBURGO<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La palingenesi della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. Garanzie convenzionali *versus* legalità. – 3. L'inevitabile scontro fra diverse legalità e i nuovi scenari della giustizia penale.

1. *La palingenesi della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Difficile sondare le logiche decisorie o, ancora più a fondo, la mentalità della Corte europea dei diritti dell'uomo se non si prende atto che, proprio dall'inizio del nuovo millennio, il giudice di Strasburgo ha completamente rivoluzionato il significato e la portata della sua giurisdizione.

La linea evolutiva è chiara: nel giro di pochissimi anni si è passati dal giudice internazionale del caso singolo, chiamato a occuparsi della specifica violazione dei diritti dell'uomo occorsa in una determinata vicenda processuale, al giudice europeo delle leggi e degli ordinamenti nazionali. Il mutamento è stato determinato e giustificato con il richiamo espresso alla tematica, tutto sommato utilitaristica, delle violazioni seriali e delle sentenze pilota.

Per difendere sé stessa da un eccessivo carico di lavoro, la Corte ha deciso di evidenziare, nella parte dispositiva della decisione, quando la singola violazione accertata sia dipesa, non tanto dal comportamento delle autorità nazionali procedenti, quanto dalla incompatibilità strutturale della legislazione interna con la Convenzione europea, così come interpretata dalla stessa Corte europea.

Il punto di rottura è rappresentato dalla precisa scelta del Consiglio d'Europa, della Corte europea e, in particolare, del Comitato dei ministri, di sollecitare energicamente l'adeguamento dei sistemi normativi interni alle sentenze pronunciate a Strasburgo.

Fino a quando la condanna dello Stato in sede europea rappresentava solo una sorta d'isolata censura all'operato delle autorità nazionali, con conseguenze limitate al caso singolo e al mero indennizzo di natura pecuniaria, la giurisprudenza europea e, a monte, il dettato della Convenzione, venivano considerati solo

<sup>(\*)</sup> Il contributo è già stato pubblicato in *Giurisdizioni europee e sistemi penali. Tendenze e criticità*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera e L. Zilletti, Roma, Carocci, 2018, pp. 73-91.

strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali del cittadino circoscritti alla specifica vicenda presa in considerazione. Una volta reso esplicito che la Corte europea svolge anche il ruolo di giudice della conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei e che il diritto interno si deve conformare alle decisioni degli organi di Strasburgo, in particolare quando queste ne segnalino un deficit strutturale, è apparso chiaro a tutti che il livello europeo d'intervento investe direttamente le legislazioni e non più solo il contegno delle autorità nazionali nel caso giudicato.

Vi sono alcuni passaggi significativi che testimoniano questa "mutazione genetica" del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo.

Il primo, fondamentale, è stato compiuto dalla stessa Corte europea con la sentenza della Grande Camera nel caso *Brownioski c. Polonia* (22 giugno 2004). Per la prima volta, infatti, il giudice di Strasburgo ha ricollegato la violazione accertata (art. 1 Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà) alla carenza strutturale della legislazione interna. Nel dispositivo della sentenza si legge dunque, *expressis verbis*, che la violazione non è ascrivibile a un evento isolato occorso nel caso del ricorrente, bensì all'insufficienza del sistema normativo nazionale. La Corte europea rivendica a sé il ruolo di giudice delle leggi e come tale si assume anche il compito di indicare, sempre in sentenza, i rimedi necessari per evitare il ripetersi di ulteriori violazioni. Dunque, la Corte non solo finisce per sindacare il diritto interno, mentre prima si era sempre limitata a considerare l'applicazione dello stesso nel caso del ricorrente, ma avoca a sé anche la funzione precedentemente svolta dal Comitato dei ministri, quella di imporre allo Stato l'adozione di riforme indispensabili per ricondurre l'ordinamento nazionale alla piena coerenza con i principi europei.

La sentenza *Brownioski* non è un'estemporanea presa di pozione, ma si iscrive in un più ampio disegno di mutamento dei lineamenti della giurisdizione europea.

Non bisogna, infatti, dimenticare:

- la Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione»;
- la Raccomandazione n. 6 del 12 maggio 2004, sul miglioramento dei rimedi interni atti a superare carenze sistematiche, con la quale il Comitato dei ministri ha ribadito la necessità di un puntuale adeguamento delle autorità giudiziarie nazionali alla giurisprudenza europea nell'applicazione del diritto interno;
- il 13 maggio 2004 viene adottato anche il Protocollo n. 14 alla Convenzione, ratificato dall'Italia il 7 marzo 2006 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010;

- questo Protocollo, attraverso specifici meccanismi di infrazione, impone agli Stati contraenti di garantire l'esecuzione delle sentenze europee anche attraverso il tempestivo adeguamento degli ordinamenti interni;
- il D.P.R. n. 289 del 28 novembre 2005 ha interpolato il più noto D.P.R. n. 313 del 2002 – testo unico sul casellario giudiziale – inserendo i nuovi art. 2 *bis* e 2 *ter* che impongono di iscrivere l'estratto delle decisioni definitive adottate a Strasburgo concernenti i provvedimenti delle autorità nazionali già iscritti nel casellario;
  - la legge 9 gennaio 2006, n. 12 che impone al presidente del Consiglio di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea, tra cui l'obbligo di riferire al Parlamento sulle conseguenze della giurisprudenza europea per il nostro Stato;
  - la sent. Cost. n. 113 del 2011 sulla revisione europea che si iscrive in un generalizzato orientamento della giurisprudenza interna sensibile all'esigenza di ammettere ampi interventi sul giudicato, anche *extra ordinem*, per garantire l'esecuzione, ai sensi dell'art. 46 CEDU, delle sentenze della Corte europea.

Non vanno nemmeno trascurate le sentenze gemelle della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, con i correttivi successivamente apportati dalla sentenza n. 49 del 2015 in tema di orientamento consolidato e di margine interno di apprezzamento.

Il complesso dei mutamenti appena elencati ha determinato, a tutti i livelli, la piena consapevolezza della preminenza dei principi europei e della necessità di un tempestivo adeguamento agli stessi dell'ordinamento nazionale.

Dal punto di vista sistematico, questi cambiamenti, voluti dal Consiglio d'Europa, hanno definitivamente chiarito come la Convenzione europea e la giurisprudenza su di essa elaborata dalla Corte di Strasburgo siano ormai assunte al rango di fonti primarie del nostro ordinamento, provocando, però, una prima grave aporia: in un sistema, come quello penale, governato dal principio costituzionale di stretta legalità, tanto sostanziale, quanto processuale, risulta difficile l'innesto di una fonte, peraltro sovraordinata, di matrice giurisprudenziale.

Il *vulnus* è profondo perché, così facendo, si finisce per rendere flessibile tutto il sistema interno delle garanzie della giustizia penale. Il primo soggetto a rendersi conto della palingenesi della giurisdizione europea è stato proprio la Corte di Cassazione la quale, anche in virtù del suo ruolo apicale, si è vista costretta a intraprendere un'opera di *restyling* del diritto interno ispirata alla logica dei principi europei. L'interpretazione convenzionalmente orientata, per molti versi meritoria e tesa a un innalzamento del livello interno delle garanzie, ha finito inevitabilmente per importare nell'ordinamento nazionale non solo i principi europei, ma anche la logica decisoria a essi sottesa.

## 2. *Garanzie convenzionali versus legalit *

Entrando subito nel cuore del tema, se nella giurisprudenza europea il diritto al processo equo non   inteso quale specifico diritto, ma alla stregua di un meta-diritto, di un criterio elastico di valutazione complessiva dello svolgimento processuale, da ci  consegue che si pu  ritenere rispettato il principio anche a fronte di singole violazioni di specifici diritti di carattere formale, facendo cos  prevalere il criterio delle garanzie sostanziali compensative nel quadro unitario rappresentato dal processo nel suo complesso.

È la logica *fuzzy* del pregiudizio effettivo, della lesivit  in concreto rapportata a valutazioni che in Europa vengono compiute *ex post*, mentre i giudici interni sarebbero chiamati a esprimerle strada facendo, nel corso del processo e non al termine dello stesso.

Occorre quindi tenere ben distinti i piani dell'analisi: un conto   l'interpretazione convenzionalmente orientata, doverosa, ma solo nell'ottica dell'incremento delle garanzie, come sancito del resto dall'art. 53 CEDU; altro conto   il messaggio della logica decisoria *flue* o *fuzzy* che la Corte europea ha trasmesso alle giurisdizioni interne.

Anticipando la conclusione del ragionamento, bisognerebbe costruire un sistema multilivello di garanzie per l'accusato che faccia coesistere armonicamente il pieno recepimento degli standard minimi europei in un contesto costituzionale governato dal principio di legalit . L'adeguamento alla Convenzione non pu  essere pagato al prezzo, troppo elevato, di mandare in frantumi la solida cornice del principio di legalit  formale in cui   racchiuso il sistema penale interno.

La vera questione, tuttavia,   che lo stesso principio di legalit  viene inteso in termini nettamente difformi dal sistema costituzionale e da quello della Convenzione.

Per la Corte europea, il concetto di diritto, al quale rapportare il principio di legalit , comprende tanto la legislazione formale quanto la giurisprudenza. A ci  si aggiunga che la legalit , basata sulle due fonti eterogenee, viene considerata una garanzia effettiva quasi esclusivamente sotto il profilo della prevedibilit  dell'esito decisivo, tralasciando del tutto il suo valore intrinsecamente democratico. A monte di questa impostazione ci sono ovviamente paesi con diverse fonti di produzione del diritto, ma la Corte enfatizza la prevedibilit  anche con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale del diritto. Si riconosce, ci , che a prescindere dal sistema delle fonti il formante giurisprudenziale non ha un ruolo meramente dichiarativo.

Questa conclusione pu  essere considerata ovvia per chi si occupa della teoria del diritto. Nondimeno, resta in ombra la distinzione pi  rilevante. L'interpretazione creativa, quella che attribuisce alle disposizioni un significato

che le stesse non hanno, ossia quella che costruisce norme inesprese senza disposizioni, implica scelte politiche che i giudici, in alcuni contesti nazionali, come il nostro, non sono autorizzati a compiere, proprio per la mancanza di una correlativa responsabilità politica.

La Corte europea non sembra però preoccuparsi troppo del tipo di ermeneutica adottata. Quello che conta è il risultato in termini di prevedibilità, volendosi tutelare un altro valore, quello della sicurezza giuridica, della stabilità normativa a prescindere dalla natura eminentemente politica delle scelte compiute dall'interprete. E il discorso diventa circolare quando la Corte europea ritiene assolto il requisito della prevedibilità sulla base di prassi giurisprudenziali consolidate.

La legalità convenzionale poggia quindi anche sulla giurisprudenza, anche su quella creativa, purché consolidata o comunque prevedibile, indipendentemente dalla legittimazione dei giudici a compiere scelte di politica legislativa.

Tuttavia, è molto riduttivo limitare il principio di legalità alla prevedibilità di una decisione purchessia. La legalità, nel quadro costituzionale, è la massima garanzia dell'accusato, assicurando tanto la correttezza del comportamento delle autorità procedenti quanto il miglior sviluppo procedimentale nel solco delle regole del giusto processo. Il percorso della legalità è quello che conduce, in un sistema democratico, non tanto e non solo a una decisione prevedibile, quanto a una decisione giusta, la cui giustizia sta proprio nel rispetto delle regole adottate con metodo democratico. Senza dimenticare che, a monte, solo la legalità di matrice parlamentare garantisce la legittimazione politica delle regole e, al tempo stesso, del risultato processuale.

Un esempio paradigmatico del corto circuito innescato, sul piano del diritto sostanziale, dalla nozione autonoma di legalità penale adottata dalla giurisprudenza europea è fornito dalla notissima decisione del caso *Conrada*.

Per la Corte di Strasburgo, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non aveva originariamente una sufficiente base legale e si è perfezionato, come fattispecie incriminatrice, solo per effetto del consolidarsi dell'intervento giurisprudenziale. Va sottolineato come questa affermazione, che costituisce la base del ragionamento svolto dai giudici europei, non sia stata affatto contestata dal governo italiano costituitosi in giudizio.

L'assunto di fondo della pronuncia europea, spesso travisato dai commentatori, è che il fatto tipico del concorso esterno in associazione di tipo mafioso non è previsto dal combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ma è il frutto di una mera operazione creativa giurisprudenziale. Ancor più chiaramente, secondo il giudice europeo, la condotta penalmente rilevante è il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale, iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso, e consolidatasi solo a partire dalla sentenza che le Sezioni unite della Cassazione hanno pronunciato nel 1994 nel caso *Demity*.

Poste queste premesse, la Corte europea ha ritenuto la condanna del ricorrente, per le condotte tenute prima del 1994, contrastante con l'art. 7 CEDU, in quanto, in tale lasso di tempo, le incertezze giurisprudenziali non avevano consentito una sufficientemente tassativa definizione della fattispecie di reato.

La decisione in esame si pone completamente al di fuori dei nostri abituali schemi logico-giuridici e ciò spiega le non poche resistenze opposte dalla giurisprudenza interna al suo pieno recepimento, intervenuto solo con la recente sentenza della Cassazione che ha dichiarato inesequibile e improduttiva di effetti la condanna irrevocabile pronunciata a carico di Bruno Contrada. La presa di posizione della Corte Suprema, sulla quale in questa sede è impossibile soffermarsi, presenta non poche ombre. A una prima lettura, si presenta come un provvedimento volutamente circoscritto al minimo strettamente necessario per dare esecuzione alla decisione di Strasburgo, ossia alla cessazione degli effetti della condanna, senza però prendere posizione sui più rilevanti temi di fondo, dal quesito circa la sorte dei casi analoghi, i cosiddetti fratelli minori di Contrada, fino alla questione, davvero cruciale, riguardante la compatibilità costituzionale di un reato giurisprudenziale, assunto che rappresenta la base dell'intero ragionamento.

Si può quindi affermare, senza timore di smentita, che, anche dopo la recente decisione della Cassazione con cui si è chiusa la vicenda Contrada, il principio enunciato dalla Corte europea non è stato finora portato alle estreme, ma doverose, conseguenze. La giurisprudenza nazionale è rimasta infatti arroccata sulla tesi della base legale formale del combinato disposto degli articoli 110 e 416 *bis* c.p., come se il caso Contrada fosse da considerarsi un *unicum* e nessuno dovesse compiere il successivo passaggio logico.

La questione appare però ineludibile: se, come ha affermato il giudice europeo, il fatto tipico del delitto di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non si desume dal combinato disposto degli art. 110 e 416 *bis* c.p. – disposizioni, peraltro, già vigenti ben prima del 1994 e ritenute insufficienti per soddisfare il principio di legalità imposto dall'art. 7 CEDU e il suo corollario della prevedibilità – ma dalla definizione giurisprudenziale della condotta penalmente rilevante, consolidatasi a partire da 1994, ciò significa che nel nostro ordinamento penale vige e viene applicata una fattispecie incriminatrice di natura giurisprudenziale, ossia costituita da una norma inespressa creata dai giudici e non riconducibile al tenore letterale del combinato disposto codicistico, norma inespressa che si è stabilizzata ed è divenuta prevedibile solo dopo l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite del 1994.

Del resto, opinando diversamente si dovrebbe giungere alla irragionevole conclusione che il combinato disposto delle previsioni penali abbia da sempre delineato con chiarezza i contorni del fatto tipico, ma che la giurisprudenza, per una ragione insondabile, almeno fino al 1994 abbia interpretato in modo ambiguo,

incerto e comunque contraddittorio le disposizioni in questione. Sarebbe come dire che nel codice penale è scritto da sempre quale sia la condotta penalmente rilevante, ma che la giurisprudenza non se ne sia avveduta fino al 1994.

La realtà è ovviamente ben diversa. Chiunque abbia un approccio intellettualmente onesto al tema e raffronti il tenore letterale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. con la definizione data dalla giurisprudenza al concorso esterno non può che ammettere la natura creativa della norma pretoria. Dal testo della legge non si può desumere che «assume il ruolo di “concorrente esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell’associazione e privo dell’*affectio societatis*», fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un’effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell’associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima». Allo stesso modo, nelle parole della legge non si rinviene la precisazione che «la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, [e] che non è sufficiente una valutazione “*ex ante*” del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento “*ex post*”, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di “certezza processuale”, l’elevata credibilità razionale dell’ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente».

L’evidente scollamento fra disposizioni di legge e norma incriminatrice scritta dalla giurisprudenza è il dato di partenza che sembra sia stato collettivamente rimosso in uno strano fenomeno che ha visto accomunate giurisprudenza e dottrina nostrane. Probabilmente si tratta di una verità scomoda che rischia di mandare in frantumi non solo i capisaldi del sistema penale, ma anche il profilo più politicamente sensibile della lotta alla zona grigia della mafia.

Senza potersi soffermare su questioni di carattere sociologico, ciò che è clamorosamente mancato nel dibattito successivo alla sentenza Contrada è stata la seria considerazione della questione di legittimità costituzionale riguardante la norma di creazione giurisprudenziale che definisce penalmente rilevante la condotta tenuta dal soggetto il quale, estraneo al sodalizio criminoso e privo della *affectio societatis*, fornisca un contributo causalmente efficiente, oltre che consapevole e volontario, alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative della associazione. Trattandosi di norma di pura creazione giurisprudenziale, come “certificato” dalla Corte europea, la stessa non può porsi alla base della punizione dell’autore della condotta in un sistema costituzionale ispirato al principio di

stretta legalità formale (*nullum crimen sine lege*) enunciato dall'art. 25, comma 2° Cost: «nessuno può essere punito se non in forza una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La legge alla quale fa riferimento il precetto costituzionale è certamente solo quella formale, non surrogabile dalla fonte giurisprudenziale, a differenza di quanto avviene nel sistema europeo dove il principio si esaurisce nel predicato della prevedibilità. Pertanto, se il concorso esterno giurisprudenziale ha pieno diritto di cittadinanza nel sistema delle garanzie europee, almeno a partire dal consolidamento degli asserti della Cassazione, non altrettanto può dirsi per il sistema costituzionale interno che rifiuta l'assioma della punibilità di condotte ritagliate su precise e stabili affermazioni della giurisprudenza.

Il tema centrale della inconciliabilità costituzionale di due concetti eterogenei di legalità penale è stato del tutto pretermesso, sia nel dibattito dottrinale seguito alla sentenza Contrada, sia, soprattutto, dalla Corte di Cassazione che, pur investita della questione, si è limitata a ribadire lo stereotipato *refrain* per cui la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa «non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p., e la sua configurabilità trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418 comma 2 c.p.».

### 3. *L'inevitabile scontro fra diverse legalità e i nuovi scenari della giustizia penale*

Lo scontro fra le due legalità, quella costituzionale e quella convenzionale, è emerso in tutta la sua reale dimensione in un'altra vicenda decisa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012.

Da un lato, un giudice di merito affascinato dalla legalità convenzionale che proponeva l'incidente di costituzionalità sul presupposto che il mutamento giurisprudenziale favorevole intervenuto sulla disposizione incriminatrice dovesse condurre alla revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. Dall'altro, la Corte Costituzionale che ha vistosamente sbandato sotto i colpi della fantasiosa costruzione del giudice remittente, salvo poi correttamente escludere l'equiparazione fra diritto scritto e diritto vivente e quindi l'estensione delle regole di diritto intertemporale alla successione di interpretazioni giurisprudenziali nel tempo.

Un caso eclatante delle difficoltà inoculate nel sistema dalla giurisprudenza europea. La questione sollevata era pacificamente riconducibile al ben noto fenomeno dell'abrogazione tacita e parziale del reato per incompatibilità con la disposizione sopravvenuta. Se con l'abrogazione espressa il legislatore afferma l'intenzione di cancellare la disciplina preesistente, con quella tacita si limita a dettare una nuova regolamentazione incompatibile con quella anteriore (art. 15



disp. prel. c.c.), situazione che si è puntualmente verificata nel caso *de quo*. In presenza di un'abrogazione tacita, spetta sempre all'interpretazione, affidata principalmente e in ultima istanza agli organi giurisdizionali, stabilire se e in quale misura la nuova disciplina sia incompatibile con quella precedente e se per tale ragione la disciplina previgente debba intendersi abrogata e sostituita dalla nuova. Rientra perciò nella fisiologia del fenomeno dell'abrogazione tacita che sia il giudice a dover estrarre dal testo delle disposizioni le norme e a dover comparare la norma precedente con quella successiva al fine di tracciare l'esatto perimetro dell'abrogazione. Quest'attività interpretativa non è creativa del diritto e rientra nei classici limiti dell'ermeneutica.

La Corte Costituzionale è caduta nella trappola del giudice remittente e ha preso per buono il presupposto, erroneo, che *l'abolito criminis* fosse stata effettivamente il frutto di un'eccentrica interpretazione giurisprudenziale abrogatrice, avulsa da qualsivoglia intervento legislativo, con consequenziale inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p.

Questo errore di impostazione ha però consentito di giungere a una fondamentale affermazione di principio: pur prendendo atto dell'approccio europeo volto a includere la giurisprudenza nel sistema delle fonti di produzione del diritto penale, il giudice delle leggi ha ribadito, con malcelato orgoglio, come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana». Nel nostro ordinamento il principio di legalità penale postula sia il corollario della tassatività-determinatezza delle fattispecie sia il corollario della riserva di legge. Le scelte di politica criminale sono dunque attribuite al monopolio dell'«istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale [...], il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Questo «scarto di tutela [...] preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

Al contrario, nell'ambito della Convenzione europea il principio di legalità non guarda alla natura della fonte, legale-formale piuttosto che giurisprudenziale, ma alla mera prevedibilità del precetto per garantire la sicurezza giuridica, concetto che riecheggia l'ormai mitologica certezza del diritto.

L'irriducibile difformità fra queste due inconciliabili concezioni del principio di legalità dovrebbe essere superato dalla prevalenza della più ampia garanzia costituzionale, sia per la primazia della Carta fondamentale nel sistema delle fonti sia per il livello più elevato di protezione del diritto da essa assicurato. Di conseguenza, se la base legale, tanto del diritto penale sostanziale quanto di quello

processuale, deve reggersi sulla legge formale, alla giurisprudenza dovrebbero spettare solo gli spazi fisiologici dell'ermeneutica, ossia il compito di enunciare norme espresse inferite dalle disposizioni di legge, significati che possano essere ricondotti al valore semantico delle parole della legge.

La strada sulla quale si è incamminata la giurisprudenza interna è invece proprio quella opposta, tesa a svilire la portata precettiva del principio costituzionale di legalità per abbracciare un distorto concetto flessibile di legalità apertamente ispirato alle logiche decisorie seguite dalla Corte europea. Non conta più se la norma sia stata creata dalla giurisprudenza o dal legislatore, se chi la detta abbia o meno legittimazione democratica, contano solo la stabilità e la prevedibilità del precetto. Si scorge, nemmeno troppo in trasparenza, il sinistro fascino del precedente giurisprudenziale vincolante.

Non è quindi casuale che questo rinnovato concetto di legalità, declinato sul paradigma europeo della prevedibilità, abbia rappresentato il terreno di coltura ideale per la riforma dell'art. 618, comma 1° *bis* c.p.p.

Disciplinare l'interpretazione giurisprudenziale conforme al precedente delle Sezioni unite significa attribuire a quest'ultimo un valore sovraordinato e schiettamente normativo che confligge insanabilmente con la fisionomia costituzionale della giustizia penale.

Diversamente dai sistemi di *common law*, ma anche da altri sistemi di *civil law*, il nostro ordinamento processuale penale è ispirato a un principio di stretta legalità. I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2° Cost.), i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni (art. 107, comma 3° Cost.), non vi sono, pertanto, organi giudicanti gerarchicamente sovraordinati; la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1° Cost.); il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.); senza dimenticare il principio di legalità penale sostanziale sancito dall'art. 25, comma 2° Cost.

In un sistema penale di stretta legalità processuale e sostanziale, connotato altresì dall'indipendenza esterna e organica interna della magistratura, la prassi del precedente, che produce un'efficacia persuasiva e che diviene addirittura vincolante all'interno della giurisprudenza di legittimità, può essere al massimo "tolle-rata", a patto però di accogliere una nozione precisa e restrittiva del precedente al quale i giudici sarebbero in qualche modo vincolati.

Il tema, infatti, sconta un frequente equivoco di fondo sul concetto stesso di precedente. Il famoso divieto giustiniano *non exemplis, sed legibus iudicandum est* ci aiuta a capire che la nostra concezione del precedente è molto distante dalla nozione ortodossa di precedente inteso come *caso precedentemente deciso (exemplum)*.

L'idea del caso analogo precedentemente deciso è ancora oggi alla base del

vincolo del precedente dei sistemi di *common law*: la regola è *stare decisis*, non *stare dictis*, con ciò rendendo esplicito che la comparazione fra la *regiudicanda* e il caso analogo anteriormente giudicato non riguarda solo le enunciazioni di diritto, ma investe il caso nella sua interezza e materialità. Secondo il *case method*, o metodo casistico, il giudice di *common law* può discostarsi dal precedente, attraverso il *distinguishing*, quando il caso concreto che deve decidere non corrisponda esattamente a quello preso in considerazione in occasione della precedente enunciazione di principio. E se il caso concretamente sottoposto alla sua attenzione non corrisponde al precedente, viene meno, conseguentemente, anche il vincolo derivante dal *dictum* giuridico.

La tradizione continentale, in particolare quella franco-italiana, si allontana dall'ortodossia britannica non solo per aver scelto di non importare la regola dello *stare decisis*, ma anche per la stessa definizione di precedente. Nella nostra cultura giuridica il precedente non è basato sul *case method*, non riguarda il caso concreto precedentemente deciso, ma si limita alla sola statuizione di diritto, astrattamente considerata come *ratio decidendi* della *quaestio iuris*.

Con una evidente eterogenesi dei fini, oggi il problema del precedente giudiziario vincolante si pone proprio con riferimento ai *dicta* giuridici di un organo, la Corte di Cassazione, nato per restringere il più possibile la libertà di interpretazione del giudice e per garantire la subordinazione alla legge del potere giudiziario.

La prospettiva oggi è chiaramente ribaltata: abbandonato il feticismo illuministico della legge, caratteristico delle dottrine rigorosamente giuspositivistiche, è opinione diffusa e condivisa che la giurisprudenza di legittimità sia, in un'ottica di empirismo giudiziario, fonte del diritto.

Certamente non una fonte legale, ma *extra ordinem*. Al punto che si parla comunemente di “diritto vivente” e di “diritto giurisprudenziale” contrapposti al “diritto formale scritto” sancito dalla fonte legislativa.

Meno convincente è la contrapposizione fra “diritto non scritto” (di matrice giurisprudenziale) e “diritto scritto” (consacrato in leggi e codici). La giurisprudenza è tradizionalmente un fenomeno scritto, ma da quando le decisioni della Cassazione sono massimate, da quando esiste un Ufficio del massimario che svolge la sua attività in modo regolamentato dai decreti dei presidenti della Corte, secondo la previsione dell'art. 26, comma 1° del regolamento per l'esecuzione del c.p.p., parlare ancora di “diritto non scritto” è certamente improprio.

Al di là delle definizioni e delle etichette, in un impianto costituzionale improntato alla stretta legalità e all'indipendenza organica interna ed esterna della magistratura, non si può trasferire, senza gravi crisi di rigetto, la teoria del precedente giurisprudenziale vincolante che postula, quale corollario pressoché necessario, la classificazione della giurisprudenza fra le fonti di produzione del diritto.

D'altronde, nessuno potrebbe seriamente invocare la teoria del precedente

vincolante con riguardo alla pura interpretazione, e cioè all'attività di individuazione di una norma espressa costituente il significato tratto da una o più disposizioni. Le Sezioni unite della Cassazione non si occupano normalmente di un'interpretazione meramente decisoria, finalizzata a inferire dalle disposizioni e dalla norma generale la norma individuale che decide il caso singolo. L'enunciazione del principio di diritto, oggi vincolante, trascende la logica decisoria della specifica *regiudicanda*, spostandosi sul terreno della produzione normativa.

La regola generale e astratta, rappresentata dal principio di diritto, è sempre più spesso una norma inespressa, priva di disposizione di riferimento, che assume la forza vincolante della legge, pur non essendo a essa riconducibile.

La formulazione ufficiale di una norma inespressa vincolante è, quindi, un'azione perfettamente assimilabile alla legislazione, ancorché compiuta dalla suprema Corte nel suo massimo consenso in vece del legislatore.

Gli esempi, in materia processuale penale, potrebbero essere sterminati. Basti pensare, a titolo puramente indicativo, al diritto delle prove, alla disciplina delle videoriprese nei luoghi riservati o ai captatori informatici, alle impugnazioni, alla inammissibilità e specificità dei motivi.

La questione assume connotati ancor più preoccupanti in una materia in cui la riserva di legge non è solo quella imposta dal generale principio di legalità processuale, ma è altresì rafforzata dalla espressa riserva di legge sancita, stando agli esempi appena formulati, dagli artt. 14 e 15 Cost. Non basta invocare l'art. 189 c.p.p., la prova atipica prevista dal legislatore con riferimento ai mezzi di prova costituenda, per introdurre nuovi e non disciplinati mezzi di ricerca della prova. Dalla disposizione dell'art. 189 c.p.p., riguardante espressamente i mezzi di prova acquisibili in dibattimento («il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova atipica»), non è consentito trarre una norma espressa regolante mezzi di ricerca della prova esperibili, a sorpresa, nella fase d'indagine ovvero un generale principio di libertà della prova irrituale.

La deriva del sistema delle fonti, consacrata nel nuovo art. 618, comma 1° *bis* c.p.p., solleva un fondato dubbio di legittimità costituzionale. Se le Sezioni unite enunciassero, come quasi sempre avviene, un principio di diritto costituito da una norma inespressa, senza disposizione di riferimento, tale principio potrebbe essere ritenuto vincolante per le Sezioni semplici e, a cascata, per tutte le giurisdizioni? Imporre simile vincolo sarebbe compatibile con il principio di legalità processuale (art. 111, comma 1° Cost.) e con la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, comma 2° Cost.)?

Forse è illusorio credere che una Sezione semplice della Cassazione solleverà una così dirompente questione di legittimità costituzionale, ma i presupposti per un salutare ripensamento del principio di legalità appaiano limpidi.

Molto più probabilmente, nei futuribili attecchirà ancor di più la nuova ideo-

logia del processo penale modellata sulle logiche decisorie della Corte europea.

L'art. 618 comma 1° *bis* c.p.p., come detto, risponde proprio a quella esigenza di prevedibilità e di sicurezza giuridica che la Corte di Strasburgo pone a fondamento del principio di legalità convenzionale. Non è perciò casuale che la riforma Orlando, riprendendo i ben noti indirizzi espressi dalle Commissioni di studio che l'hanno preceduta, abbia voluto garantire anche alla nostra giurisprudenza quella stabilità e quella prevedibilità che ne faranno, a tutti gli effetti, una fonte di produzione del diritto conforme a un rinnovato concetto di legalità modellato sugli elastici criteri convenzionali.

La rassegnata previsione di un adattamento ai nuovi modelli non può però tacitare le preoccupazioni per uno scadimento complessivo del sistema delle garanzie processuali.

Le due distinte concezioni del principio di legalità non sono né equivalenti né fungibili. La sicurezza/prevedibilità della giurisprudenza creativa di norme inesprese non è una garanzia sufficiente per proteggere l'imputato dai possibili abusi della magistratura. Il giudice che detta le regole del gioco processuale finisce per abdicare alla sua funzione costituzionale di soggetto terzo e imparziale (arbitro) e diviene parte (giocatore) in grado di condizionare a piacimento l'esito della contesa alla quale inevitabilmente non è più estraneo.

Importare nella creazione delle regole processuali la logica *fuzzy* della Corte europea, fondata sulla valutazione complessiva dell'equità del processo e sulle garanzie compensative, significa privare l'imputato dell'unica vera garanzia rappresentata dal giusto processo regolato dalla legge, ma significa anche consegnare a soggetti politicamente irresponsabili il compito di disciplinare i rapporti fra cittadino e autorità in un dato contesto storico. Rapporti fra autorità e libertà che, appare inutile dirlo, rappresentano non solo il reale oggetto di disciplina della procedura penale, ma anche la cifra della democrazia.

Garanzie per l'imputato e garanzie per la democrazia si intrecciano nei nuovi scenari della giustizia penale sui quali anche il potere politico, purtroppo sempre più debole, dovrà presto interrogarsi.

