

## LEGGE E POTERE: L'IRRUZIONE DELLE CORTI SOVRANAZIONALI<sup>(\*)</sup>

di Oliviero Mazza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La battaglia fra le Corti sul campo della prescrizione del reato. – 3. La logica fuzzy della Corte europea dei diritti dell'uomo e la nuova legalità dinamica. – 4. Futuribili.

### 1. Premessa.

L'irruzione delle Corti sovranazionali sulla scena delle fonti interne di produzione del diritto ha introdotto un elemento di assoluta novità nei rapporti fra legge e potere. Non si tratta solo di riscoprire il momento giurisprudenziale del diritto di cui parlava acutamente Massimo Nobile, esattamente 40 anni fa, nel 1976, dando alle stampe la disciplina costituzionale del processo<sup>1</sup>. Non si tratta di confrontarsi con correnti antiformalistiche che pongono al centro dell'esperienza processuale una rivalutazione del carattere giurisprudenziale del diritto, con tutte le implicazioni metodologiche e ideologiche del caso. Non si tratta di ravvivare la polemica, peraltro mai sopita, sulla neutralità o sulla politicità della funzione giurisdizionale.

Oggi il fenomeno è completamente inedito, ci troviamo di fronte a giurisdizioni europee – Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea – che emettono decisioni aventi incidenza super-legislativa nel sistema penale interno. È superfluo ripercorrere in questa sede le diverse vie, spesso tortuose, attraverso le quali gli asserti giurisprudenziali europei condizionano e modificano profondamente l'ordinamento nazionale<sup>2</sup>.

Il dato di maggior interesse, infatti, è quello politico. Giudici (super)legislatori, senza responsabilità politica, scelti con metodi tutt'altro che democratici, che con i loro interventi dettano le scelte di fondo dei sistemi penali nazionali, tanto sul terreno sostanziale quanto su quello processuale. Interventi che determinano un'ulteriore

---

\* Il contributo costituisce il testo della relazione svolta dall'Autore al convegno "Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile", organizzato dall'Unione camere penali italiane e dal Centro studi giuridici e sociali Aldo Marongiu (Bologna, 4 e 5 novembre 2016), in corso di pubblicazione negli atti del convegno; si ringraziano i curatori per averne concesso la pubblicazione anche in *questa Rivista*. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da *questa Rivista*.

<sup>1</sup> M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna-Perugia, 1976, p. 22 ss.

<sup>2</sup> Sull'incidenza nell'ordinamento interno delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, v., di recente, F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubetis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 13 ss.

notevole conseguenza sul piano delle fonti di produzione del diritto: la sostituzione di un sistema rigido di garanzie formali di matrice legislativa con una nuova cornice di flessibili previsioni normative di creazione giurisprudenziale, direttamente condizionate dal caso concreto e nemmeno vincolate dal rispetto del precedente.

Tutto ciò è compatibile con il nostro ordinamento costituzionale e con la sovranità che il popolo, unico titolare, esercita nelle forme della democrazia rappresentativa? Basta imboccare la porta degli art. 11 o 117 comma 1 Cost. per aggirare tutto l'impianto costituzionale di *check and balance*? Può il giusto processo regolato dalla legge trasformarsi in un decalogo non precettivo di comportamenti tratti dalla casistica giurisprudenziale. È consentito sovvertire il primato costituzionale della legge in favore di un giudice legislatore ispirato e legittimato dalle giurisprudenze europee?

## 2. La battaglia fra le Corti sul campo della prescrizione del reato.

La celebre pronuncia della Corte di giustizia nel caso Taricco<sup>3</sup>, proprio in ragione della sua eccezionale valenza politica, rappresenta il miglior banco di prova per tentare di dare una risposta ai quesiti.

Il tema della prescrizione del reato, oggetto della decisione della Corte del Lussemburgo, è da tempo al centro di un aspro dibattito politico sfociato nell'ennesima proposta di riforma contenuta nel giustamente contestato disegno di legge Orlando<sup>4</sup>. Il confronto fra le difficoltà della dialettica democratico-parlamentare e la prontezza autocratica della decisione giudiziaria è disarmante.

Dove non riesce da anni ad arrivare il legislatore, limitato proprio dalle logiche democratiche dello scontro politico-sociale, interviene prontamente il giudice, per di più scardinando principi consolidati come quello della natura penale sostanziale delle norme sulla prescrizione. L'anomala doppia velocità delle "riforme" segna uno strappo lacerante al sempre più sottile tessuto costituzionale.

L'impatto dirompente della decisione europea è stato prontamente arginato dalla Corte costituzionale<sup>5</sup>, ma nel frattempo l'idea perniciosa che la prescrizione sia solo un ostacolo da rimuovere sulla strada della punizione si è accreditata presso le giurisdizioni nazionali al punto che la stessa Consulta, a ben vedere, non è rimasta insensibile al distorto messaggio politico lanciato dal Lussemburgo.

L'oggetto del contendere, nel dialogo, solo formalmente garbato, fra le Corti, è certamente la natura penale sostanziale piuttosto che processuale dell'istituto della prescrizione, con tutte le ricadute sul piano del rispetto del principio di legalità imposto dall'art. 25 comma 2 Cost. Il contrasto però sembra limitarsi a una questione di forma

---

<sup>3</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, causa C-105/14 dell'8 settembre 2015, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 1537 ss. con nota di O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*.

<sup>4</sup> Il riferimento è precisamente al disegno di legge n. 2067 e altri unificati, approvato dal Senato in data 15 marzo 2017, in attesa dell'approvazione da parte della Camera dei Deputati.

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in *questa Rivista*, 2017, con note, tra gli altri di M. CAIANIELLO, R. E. KOSTORIS, V. MANES, C. SOTIS, F. VIGANÒ.

costituzionale o, più propriamente, di principio, mentre sul dato politico di fondo i giudici contendenti appaiono, invece, in piena e sorprendente consonanza. La Corte costituzionale ha infatti riconosciuto che, se la Corte europea di giustizia dovesse accettare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina della prescrizione e dello stesso art. 325 TFUE, «resterebbe in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione», con la conseguenza che, qualora si ritenesse insufficiente la sopravvenuta e più ampia disciplina dei termini di prescrizione per i reati tributari dettata dall'art. 2 comma 36-*vicies semel* lettera l) d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni dall'art. 1 comma 1 l. 14 settembre 2011, n. 148, «sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l'esito sia compromesso da termini prescrizionali inadeguati».

Dunque, anche per la Corte costituzionale un termine di prescrizione di *solis* sette anni e mezzo potrebbe rappresentare una indebita limitazione all'efficacia (va da sé *punitiva*) dei giudizi [*sic!*] in materia di frodi IVA che chiamerebbe in causa la responsabilità politica del legislatore, al quale l'irrinunciabile principio di legalità penale sostanziale avrebbe consegnato il preciso compito di contrastare ogni forma di impunità. Sul terreno della prescrizione del reato il giudice delle leggi giunge a teorizzare un principio di legalità condizionato al perseguimento di interessi punitivi, convergendo significativamente sugli stessi meta "valori" propugnati dalla Corte dell'Unione e abbandonando la pluricentenaria tradizione giuridica che ha sempre visto nel principio di legalità la somma garanzia per l'individuo accusato.

Andando a ritroso, non bisogna nemmeno dimenticare che la decisione del giudice europeo, come detto, schiettamente politica, è frutto di un rinvio pregiudiziale a sua volta intriso di considerazioni politiche che hanno ben poco da spartire con i classici strumenti dell'ermeneutica giuridica. Dalla lettura dell'ordinanza di rinvio si apprende, infatti, che il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Cuneo, chiamato nei primi giorni di gennaio 2014 a decidere la richiesta di rinvio a giudizio degli imputati, ha calcolato lo spirare della prescrizione dei reati alla data dell'8 febbraio 2018, ossia a distanza di oltre quattro anni, formulando l'infausto pronostico che entro tale data non sarà possibile pronunciare sentenza definitiva di condanna, con la conseguenza che gli «accusati di aver commesso una frode in materia di IVA per svariati milioni di euro potranno beneficiare di un'impunità di fatto dovuta allo scadere del termine di prescrizione»<sup>6</sup>. È facile notare come tutto il ragionamento ruoti attorno a una palese violazione della presunzione costituzionale di non colpevolezza: il giudice è convinto della colpevolezza degli imputati prima ancora della celebrazione del processo e si duole del fatto che un altro giudice, quello del dibattimento, non li potrà punire

---

<sup>6</sup> Si tratta di un passaggio testualmente riportato dalla sentenza della Corte di giustizia nella descrizione dei "fatti della controversia".

adeguatamente a causa della prescrizione del reato che maturerà a distanza di oltre quattro anni. Siffatto modo di pensare denota una preoccupante deriva giurisprudenziale refrattaria al rispetto dei principi fondamentali di quella Costituzione alla quale tutti i magistrati devono essere fedeli; e si noti, l'inosservanza non riguarda solo la presunzione d'innocenza, ma anche il giusto processo che è lo strumento indispensabile per attuare la giurisdizione, pure in chiave punitiva, e che non può essere surrogato da una prognosi astratta e anticipata di colpevolezza.

A ciò si aggiunga l'evidente difetto di rilevanza della questione proposta, sia perché il giudice dell'udienza preliminare non ha istituzionalmente il compito di emettere una sentenza di condanna sia per il lasso di tempo non trascurabile, oltre quattro anni, che precede la possibile prescrizione del reato. Una questione pregiudiziale meramente ipotetica, sollevata in palese violazione della Costituzione, per uno scopo apertamente politico qual è la disapplicazione della disciplina della prescrizione del reato.

Come detto, non meno politico è il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia nell'accogliere le lamentazioni del giudice italiano, peraltro sulla base di argomenti completamente diversi da quelli spesi nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Il valore rappresentato dalla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, attraverso l'attuazione della pretesa punitiva, è considerato prevalente sul diritto fondamentale dell'imputato a essere giudicato in tempi ragionevoli. Scelte così nette di politica criminale, a prescindere dalla loro condivisibilità o meno, richiedono comunque una piena responsabilità politica che ovviamente non possono avere i componenti della Corte del Lussemburgo o il giudice *a quo*.

Nella rinnovata dimensione europea, i rapporti di forza fra Stato e cittadino subiscono una netta virata in senso autoritario: il valore prevalente diviene la pretesa punitiva e non importa se è lo stesso sistema giudiziario interno a non riuscire ad attuarla entro i termini più che ragionevoli (nello specifico, si parlava di sette anni e mezzo) della prescrizione. Il costo temporale dell'inefficienza si scarica sull'imputato, presumendone illegittimamente la responsabilità.

Questa conclusione costituisce il presupposto ideologico-valoriale della sentenza Taricco e si scontra apertamente con la scelta, diametralmente opposta, effettuata dalla Costituzione nel sancire che la legge deve assicurare la durata ragionevole del processo (art. 111 comma 2 Cost.). La previsione costituzionale, oltre a rappresentare un potente controlimita alla mera disapplicazione della disciplina interna ritenuta contrastante con il *dictum* della Corte di giustizia, impone tempi certi e comunque limitati all'accertamento processuale sulla base dell'assioma per cui un processo di durata illimitata è per ciò stesso irragionevole.

Se sul piano astratto non è rinvenibile una corrispondenza biunivoca fra termine di prescrizione del reato e durata ragionevole del processo<sup>7</sup>, ciò nondimeno, nei singoli casi concreti, il tetto posto agli aumenti derivanti dagli atti interruttivi funge da argine

---

<sup>7</sup> Come si è già avuto modo di chiarire in O. MAZZA, *Il processo breve*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 197 ss.

insuperabile edificato dal legislatore proprio a garanzia della durata ragionevole del processo.

Non è il caso di soffermarsi sul tenore letterale dell'art. 111 comma 2 Cost. per chiedersi se la durata ragionevole sia una garanzia soggettiva e individuale dell'imputato ovvero una garanzia oggettiva di sistema, ammesso che questa distinzione possa avere un reale significato che vada oltre sterili problemi classificatori. Ciò che conta realmente è la scelta del costituente di imporre una legislazione ordinaria che sia in grado di assicurare a tutti gli accusati il diritto a un giusto processo in tempi ragionevoli. Sullo sfondo, la precisa scelta assiologica consiste nel non scaricare sull'imputato il peso dell'inefficienza del sistema penale. E il cerchio si chiude con i tetti massimi imposti agli aumenti del termine prescrizione nel caso di atti interruttivi: o lo Stato riesce a concludere il processo in tempi ragionevoli oppure il cittadino accusato ha il diritto, decorso un certo lasso di tempo, peraltro non breve, di essere comunque prosciolto dalle accuse che gli vengono rivolte.

Così ricostruita la *ratio* dell'istituto, è agevole concludere che il processo potrebbe avere una durata irragionevole ancor prima della prescrizione, e quindi mancare la corrispondenza biunivoca fra i due termini, ma quando risulta maturata la prescrizione, il processo è sempre di durata irragionevole in quanto lo Stato si palesa inadempiente, non essendo riuscito nei tempi da lui stesso prestabiliti a scoprire, dimostrare e accertare definitivamente il reato e le relative responsabilità.

La critica interna alle pur contestabili motivazioni della sentenza europea<sup>8</sup> perde di significato di fronte al messaggio politico di autorizzazione alla disapplicazione della disciplina della prescrizione del reato quando vi sia anche solo il rischio di vanificare la pretesa punitiva. È dunque l'aspetto pedagogico, più del precetto, a destare preoccupazione.

Per i giudici europei la prescrizione rappresenta, infatti, un istituto di natura processuale che sfugge alle regole, anche intertemporali, del diritto penale sostanziale, in primo luogo al principio di legalità, e che risulta cedevole dinanzi all'esigenza punitiva. Sarebbe perciò consentito applicare la nuova regolamentazione prospettata dalla Corte (*rectius*, disapplicare la vecchia normativa maggiormente garantista) anche con riguardo a fatti già commessi e ancora sottoposti a giudizio. Nel corso del processo potrebbe mutare la previsione dei termini di prescrizione senza con ciò violare l'art. 7 CEDU o gli art. 49 e 52 della Carta dei diritti fondamentali della UE (CDFUE), previsioni che si limiterebbero a garantire all'individuo il diritto a non essere punito per un fatto non previsto come reato o con una pena non contemplata al momento della sua commissione.

Si tratta, ancora una volta, di un'impostazione che confligge irrimediabilmente con la ben più ampia garanzia assicurata dall'art. 25 comma 2 Cost., così come segnalato con forza nella garbata risposta che la Corte costituzionale ha inviato alla Corte del

---

<sup>8</sup> Per la quale si rinvia a O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 775 ss.

Lussemburgo<sup>9</sup>. Per l'ordinamento interno rientra nella materia penale, e quindi sotto la copertura del principio di stretta legalità, anche la disciplina della prescrizione<sup>10</sup> e, più in generale, delle cause di estinzione del reato. Si può forse discutere sul fondamento razionale della prescrizione, ma non si può seriamente dubitare che, una volta riconosciuta una causa di estinzione del reato, tale previsione debba rimanere invariata (*rectius*, non mutare in peggio) rispetto ai fatti già commessi e possa essere modificata *in peius* solo *pro futuro* da una diversa disposizione sempre legislativa. L'intera disciplina del reato, compreso il fenomeno estintivo, deve ispirarsi al rigoroso rispetto del principio di legalità per garantire appieno la prevedibilità della pretesa punitiva statale. Senza dimenticare che la garanzia della stretta legalità è funzionale alla tutela di altri valori in gioco, *in primis* il diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento: modificare nei processi in corso la disciplina della prescrizione del reato significa incidere su strategie difensive già decise e legittimamente attuate.

Il problema della natura sostanziale o processuale della prescrizione del reato e della portata da attribuirsi alla garanzia costituzionale del *nullum crimen sine lege* non può però risolversi in una mera questione di diritto intertemporale o, tutt'al più, di prevedibilità delle conseguenze *lato sensu* sanzionatorie. Sarebbe una visione angusta del fenomeno. La legalità va ben oltre la neutralizzazione della sentenza Taricco per i fatti pregressi, sebbene questa ridotta angolazione, incentrata sugli effetti sfavorevoli e retroattivi della disapplicazione degli art. 160 e 161 c.p. nei processi in corso, sia stata posta a fondamento dell'ordinanza con cui la Corte d'appello di Milano ha sollevato per prima la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 l. n. 130 del 2008 (legge di esecuzione del TFUE) in riferimento all'art. 25 comma 2 Cost.<sup>11</sup>. Lo scrupolo dei giudici milanesi appare tuttavia lodevole se raffrontato all'atteggiamento di acritico ossequio mostrato, almeno in prima battuta, dalla Cassazione che ha prontamente disapplicato la disciplina della prescrizione, attribuendo così efficacia retroattiva *in malam partem* della nuova disciplina ricavata dalla pronuncia della Corte di giustizia<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> V. ancora ord. cost. n. 24 del 2017.

<sup>10</sup> Prima della ord. cost. n. 24 del 2017, cfr., fra le altre, Corte cost., sent. n. 324 del 2008.

<sup>11</sup> Corte App. Milano, sez. II, ord. 18 settembre 2015, De Bortoli e altri, in *questa Rivista*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, [Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i 'controlimiti'](#).

<sup>12</sup> «In materia di reati tributari, nelle ipotesi consistenti in condotte fraudolente che comportino, in concreto, l'evasione in misura "grave" di tributi IVA devono essere disapplicate – in quanto in contrasto con gli obblighi comunitari imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, in considerazione di quanto affermato nella sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco – le disposizioni in materia di prescrizione di cui agli artt. 160, terzo comma, ultima parte, e 161, comma secondo, cod. pen., trovando invece applicazione, in tali casi, la più rigorosa disciplina già prevista nell'ordinamento per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen., secondo cui il termine ordinario di prescrizione ricomincia a decorrere dopo ogni atto interruttivo» (Cass., Sez. 3, n. 2210 del 17/09/2015 - dep. 20/01/2016, Pennacchini, Rv. 26612101). V. anche Cass., Sez. 3, n. 44584 del 07/06/2016 - dep. 24/10/2016, Puteo e altro, Rv. 26928101, secondo cui «in materia di reati tributari, l'applicazione dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, Taricco ed altri del 8 settembre 2015, C-105/14, in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 160 e 161 cod. pen. se ritenuta idonea a pregiudicare gli obblighi imposti a tutela degli interessi

La vera questione, come detto, non è di natura intertemporale o correlata solo alla prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli, ma riguarda il rispetto della riserva di legge consacrata dall'art. 25 comma 2 Cost. che individua proprio nella legge formale nazionale l'unica fonte in grado di disciplinare tutte le condizioni per l'affermazione della responsabilità penale e per l'irrogazione delle pene. Anche il diritto eurounitario, che pur gode della limitazione di sovranità interna derivante dall'art. 11 Cost., deve arrestarsi di fronte al "controlimite" rappresentato dal rispetto dei principi fondamentali costituzionali e dei diritti inalienabili della persona<sup>13</sup> fra i quali va iscritto, a pieno titolo, il principio di legalità penale che sottende il principio democratico della sovranità popolare esercitata nelle forme parlamentari rappresentative. La politica del diritto penale non può essere demandata alla Corte di giustizia del Lussemburgo o, più in generale, al diritto eurounitario, rimanendo prerogativa strettamente statale, direttamente condizionata alla responsabilità politica che gli organi europei non hanno e che non ha nemmeno la Corte costituzionale, sebbene nella specifica vicenda abbia, a sua volta, travalicato i limiti del suo mandato, indicando al legislatore la via obbligata di una disciplina della prescrizione in grado di soddisfare la pretesa punitiva.

Nella teoria dei controlimiti un posto a sé va infine riservato alla macroscopica aporia del ragionamento svolto dalla sentenza europea: si dà per scontato ciò che deve essere dimostrato, ossia la responsabilità penale dell'imputato, e di conseguenza si fanno cadere i limiti temporali imposti dalla prescrizione del reato nella convinzione che solo così si possa punire adeguatamente un soggetto che dovrebbe essere comunque considerato innocente fino al definitivo accertamento della sua colpevolezza. A ben vedere, la presunzione d'innocenza sancita dall'art. 27 comma 2 Cost. rappresenta il terzo e più potente controlimite alla disapplicazione suggerita dalla sentenza Taricco.

La Corte costituzionale, imbrigliata dalle forme dell'incidente di costituzionalità, non ha potuto pronunciarsi sul rispetto degli art. 111 comma 2 e 27 comma 2 Cost., principi che, non portati alla sua attenzione dai giudici remittenti, restano, per il momento, i convitati di pietra nel dibattito originato dalla sentenza Taricco.

Ciò nondimeno, ogni riforma della disciplina della prescrizione dovrebbe superare preliminarmente il vaglio di compatibilità quantomeno con il principio della ragionevole durata del processo. Se il primo segmento temporale della prescrizione, quello che va dalla commissione del reato all'avvio del procedimento, non trova copertura nel principio costituzionale, il secondo segmento, quello di regola più cospicuo, è infatti occupato proprio dal tempo del processo. Non è possibile addentrarsi

---

finanziari dell'Unione europea, presuppone, da un lato, l'esistenza di un procedimento penale riguardante "frodi gravi", da intendersi con riferimento sia alle fattispecie espressamente connotate da frode, sia a quelle che, pur non richiamando espressamente tale requisito della condotta, siano dirette all'evasione dell'Iva, la cui gravità va desunta da tutti i criteri previsti dall'art. 133, primo comma, cod. pen.; dall'altro, l'ineffettività delle complessive discipline sanzionatorie in un "numero considerevole di casi di frode grave", da valutarsi in relazione alle fattispecie concrete oggetto del singolo giudizio, considerando il numero e la gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede, nonché il contesto complessivo e le ragioni di connessione fra gli stessi».

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 284 del 2007; sent. n. 454 del 2006; sent. n. 170 del 1984.

ora in una così complessa tematica, ma di fronte a proposte di riforma, come il disegno di legge Orlando, che impongono lunghi periodi di sospensione automatica della prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado, sembra costituzionalmente doveroso mettere in azione due orologi che misurino disgiuntamente il tempo del reato e il tempo del processo. Provocatoriamente si potrebbe suggerire di lasciare all'attuale disciplina della prescrizione, ormai cronologicamente smisurata, solo il governo del tempo intercorrente fra il reato e la condanna definitiva, ossia la vera e propria prescrizione del reato, introducendo, per contro, un nuovo termine per le attività processuali racchiuse dalla notizia di reato al giudicato, vale a dire la prescrizione del processo o dell'azione, modellato su uno standardizzato parametro di ragionevole durata che si può trarre dall'analisi sistematica della giurisprudenza di Strasburgo, al netto, ovviamente, dei ritardi addebitabili all'imputato neutralizzabili dalla sospensione.

L'argomento per cui la ragionevole durata è un concetto relativo, condizionato dalle peculiarità della singola vicenda processuale e come tale non generalizzabile, prova troppo. Se è vero che l'art. 6 comma 1 CEDU trova un'applicazione eminentemente casistica, è altrettanto vero che dalle rilevazioni statistiche effettuate sulle decisioni del giudice europeo si possono ricavare solide indicazioni di massima utili per definire un termine generale di durata ragionevole del processo. In tal senso, il rapporto CEPEJ del 2012 ha individuato le soglie massime di durata ragionevole: per un processo normale, svoltosi nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, quattro anni e tre mesi; per un processo complesso, svoltosi sempre nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, otto anni e cinque mesi <sup>14</sup>.

Il legislatore interno è obbligato, proprio in forza della previsione contenuta nell'art. 111 comma 2 Cost., a garantire che ogni processo non ecceda queste soglie, a prescindere dalle peculiarità del caso concreto che potrebbero, semmai, giustificare un'ulteriore riduzione del tempo del processo, non certo il superamento di termini massimi già parametrati alla complessità dell'accertamento e al correlativo onere di celerità incombente sulle autorità procedenti.

Il dovere di attuare nella legislazione i termini massimi di durata ragionevole del processo trova il suo fondamento non solo nella espressa previsione dell'art. 111 comma 2 Cost., scritta e pensata avendo come riferimento proprio l'art. 6 § 1 CEDU, ma anche nell'art. 117 comma 1 Cost.: considerato che la potestà legislativa va esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, il legislatore non può eludere il dovere costituzionale di conformarsi all'art. 6 § 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU <sup>15</sup>, garantendo ai processi una durata che di regola, al netto dei ritardi attribuibili alla volontà dell'imputato, non ecceda il termine massimo di durata ragionevole espresso dalla giurisprudenza europea nell'interpretazione dell'art. 6 § 1 CEDU.

---

<sup>14</sup> Cfr. Rapporto del CEPEJ, *Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) - Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Etat au 31 juillet 2011)*.

<sup>15</sup> V. Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007; n. 49 del 2015.

### 3. La logica fuzzy della Corte europea dei diritti dell'uomo e la nuova legalità dinamica.

Non va meglio sul versante della grande Europa dei diritti dell'uomo, dove si registrano due fenomeni parimenti allarmanti e fra loro strettamente connessi: da un lato, un'ermeneutica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo dichiaratamente creativa, ma non sempre e non solo espansiva delle garanzie formalmente sancite dalla Convenzione europea; dall'altro, il paradosso che il prezzo richiesto per l'adeguamento del sistema interno a una carta minimale dei diritti dell'accusato sia la liquefazione delle ben più alte garanzie formali del processo.

Nel corso di quasi sessanta anni, le sentenze della Corte europea, oltre a decidere i singoli ricorsi, hanno notevolmente implementato le regole dell'equo processo formalizzate nell'art. 6 CEDU: basti pensare alla portata applicativa estesa alla nozione autonoma di materia penale, che prescinde dalle definizioni legislative interne e si fonda su criteri, appunto, autonomi di definizione del concetto di accusa penale; alla parità delle armi; alla conoscibilità degli atti processuali; al diritto di presenziare al processo, che viene considerato presupposto implicito di tutti gli altri diritti espressamente enunciati dall'art. 6 CEDU; al diritto al silenzio; all'obbligo di motivazione delle decisioni, al principio di legalità processuale e al corollario della certezza del diritto processuale.

Al tempo stesso, tuttavia, si è assistito a un fenomeno in qualche misura inverso, ma finora non sempre colto dagli interpreti mossi da un approccio eccessivamente apologetico ai *dicta* dei giudici europei.

Nella rielaborazione giurisprudenziale del catalogo dei diritti sanciti dall'art. 6 CEDU e della stessa nozione pretoria di processo equo non è difficile scorgere, a fianco della già ricordata espansione dei diritti, anche un arretramento delle garanzie che ha dato origine a una sorta di irrazionale moto oscillatorio pendolare.

Per comprendere meglio quanto è accaduto si può pensare alla previsione dell'art. 6 § 3 lett. d) CEDU: ogni accusato ha diritto a interrogare o far interrogare i testimoni a carico. Una formula potente, perentoria, scolpita nella pietra dura del trattato internazionale. Il diritto perfetto al contraddittorio nella formazione della prova a carico che nel testo "legislativo" non patisce deroghe di sorta.

Nel passaggio dalla statica forma della Convenzione alla dinamica interpretazione giurisprudenziale si può notare l'acuminata opera di perimetrazione di tale diritto che il giudice europeo ha trasformato e ristretto alle sole prove a carico determinanti la condanna, in quanto uniche o decisive nell'affermazione giudiziale di responsabilità penale. Di questo limite, però, non vi è traccia nel dettato convenzionale, trovando consacrazione solo nella giurisprudenza. Il portato dell'intervento della Corte è dirompente: la mera inosservanza del contraddittorio non è di per sé foriera della violazione dell'art. 6 § 3 lett. d) CEDU se non ricade sulla prova unica o comunque determinante la condanna.

Non solo, più di recente anche il mancato rispetto del contraddittorio nell'assunzione della prova unica o determinante è stato ritenuto insufficiente per

rilevare la violazione del precetto convenzionale, nella misura in cui tale specifica inosservanza sia stata in qualche modo compensata da altre garanzie “di sistema” tali da far ritenere nel suo complesso il processo equo <sup>16</sup>.

Il meccanismo decisionale è proprio questo: la Corte non si ritiene incaricata dell'accertamento di specifiche violazioni del dettato convenzionale, ma dell'apprezzamento dell'equità complessiva del processo.

Così si svela l'apparente paradosso di una giurisprudenza che attribuisce nuovi diritti non previsti nel testo dell'art. 6 CEDU e, al tempo stesso, limita quei diritti fondamentali che sono sanciti formalmente dalla Convenzione. È la logica *fuzzy* che guida la giurisdizione europea <sup>17</sup> dove non conta il rispetto di singoli precetti, ma solo il saldo finale del processo. Una singola violazione potrebbe risultare ininfluenza sulla conclusione in termini di equità complessiva del processo. Una logica decisoria che non distingue più nettamente fra bianco e nero, ma si muove su un terreno fatto di grigi, di concetti sfumati che si prestano a giustificare qualsiasi decisione dettata dall'opportunità politica del caso.

Pur in presenza di un regolamento scritto di diritti perfetti contenuto nell'art. 6 CEDU, la giurisprudenza di Strasburgo giunge così a enucleare una serie di diritti imperfetti che scolorano nell'unico vero diritto, dai contorni tuttavia indistinti, quello all'equità complessiva del processo.

Questo nuovo modo di pensare non può offuscare la considerazione che la sola effettiva garanzia per l'individuo sottoposto a processo penale rimane la previsione formale di diritti precisamente individuati, prevedibili appunto, alla cui inosservanza consegua automaticamente la violazione del precetto convenzionale, con tutte le conseguenze che ben conosciamo sia in termini di indennizzo sia in termini di *restitutio in integrum*, anche mediante la nuova celebrazione del processo emendato dall'*error in procedendo*.

Al contrario, se viene meno questo automatismo fra inosservanza del precetto convenzionale e rilevazione della relativa violazione da parte della Corte di Strasburgo, la discrezionalità valutativa della giurisdizione europea, sia pure in qualche modo guidata dal punto di fuga dell'equità complessiva del processo, non può più rappresentare una garanzia effettiva per il ricorrente. La decisione perde il suo connotato giurisdizionale per scolorare in un imprevedibile atto politico.

Lo scenario, già di per sé poco rassicurante, è aggravato dalla più recente tendenza della Corte europea a superare il tenue e non scritto vincolo del precedente. Proprio sull'applicazione dell'art. 6 § 3 lett. d) CEDU si è registrato un clamoroso *revirement*: fino al 2011 la giurisprudenza era consolidata nel ritenere che il mancato contraddittorio, nemmeno differito, nell'assunzione della prova unica o determinante fosse automaticamente foriero dell'iniquità processuale <sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Corte EDU, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], 15 dicembre 2011, § 119.

<sup>17</sup> Per una compiuta definizione della logica *fuzzy* è utile rinviare allo studio di B. KOSKO, *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy* (1993), trad. it., Milano, 1997, *passim*.

<sup>18</sup> V., quale *leading case*, Corte EDU, *Unterperthinger v. Austria*, 24 novembre 1986, § 33.

Con il caso *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, la Corte europea ha derogato a tale regola, giungendo alla sconcertante e inaspettata affermazione che quando la condanna si basa esclusivamente o in modo determinante sulla prova a carico formata fuori del contraddittorio occorre comunque verificare se all'accusato sono state assicurate "garanzie compensative" così forti da scongiurare l'iniquità processuale: «*sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards ... including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place*»<sup>19</sup>.

Ora la regola della prova unica o determinante è derogata dalla possibilità di invocare non meglio precisate garanzie compensative: non è difficile rendersi conto di come il diritto a interrogare il testimone a carico, sancito dall'art. 6 § 3 lett. d) CEDU, risulti estremamente affievolito dall'erosione operata dalla fonte giurisprudenziale.

Garanzie compensative, prove determinanti, equità complessiva sono tutti concetti vaghi che consentono alla Corte di trasformare il giudizio giuridico in un puro atto politico.

Altri esempi paradigmatici sono forniti dalla dimensione riconosciuta al diritto al silenzio e alla presunzione d'innocenza, non a caso due connotati essenziali del processo equo.

Il diritto al silenzio non è espressamente previsto dall'art. 6 CEDU ed è uno di quei casi in cui la giurisprudenza, in prima battuta, ha ampliato la portata delle garanzie formalmente elencate dall'art. 6 CEDU. Il diritto di non rispondere e il privilegio contro l'autoincriminazione sono generalmente riconosciuti come standard internazionali che si collocano al cuore della nozione di equo processo, costituendone una sorta di presupposto implicito.

A dispetto della sua rilevanza, la facoltà di non rispondere non è però considerata di carattere assoluto<sup>20</sup>. La Corte europea applica criteri flessibili di valutazione che le consentono di spingere l'indagine ben al di là della violazione formale del diritto, dovendosi stabilire se il procedimento, complessivamente inteso, abbia rispettato o meno la vera essenza del diritto al silenzio e del privilegio contro l'autoincriminazione. Entrano così in gioco parametri vaghi quali la natura e il grado della coercizione, l'esistenza di un qualche tipo di garanzia compensativa nella procedura, l'uso che viene fatto del materiale probatorio così ottenuto, soprattutto in funzione del concetto di prova unica o determinante<sup>21</sup>.

Anche sul piano della valutazione del silenzio si registra una sensibile riduzione della garanzia: se, per un verso, una condanna non può essere esclusivamente o principalmente basata sul silenzio dell'imputato o sul rifiuto di rispondere alle domande o di fornire lui stesso delle prove, per altro verso, il diritto di rimanere in silenzio non impedisce che tale condotta – in situazioni che chiaramente richiedono una qualche

---

<sup>19</sup> Corte EDU, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], 15 dicembre 2011, § 119.

<sup>20</sup> Corte EDU, *John Murray v. the United Kingdom*, 8 febbraio 1996, § 47.

<sup>21</sup> Corte EDU, *Jalloh v. Germany* [GC], 11 luglio 2006, § 101; v. anche Corte EDU, *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], 29 giugno 2007, § 55; Corte EDU, *Bykov v. Russia* [GC], 10 March 2009, § 104

spiegazione – possa essere presa in considerazione nel sostenere la persuasività del quadro probatorio fornito dall'accusa.

Alla luce di queste elastiche dinamiche di giudizio non è possibile affermare che la decisione dell'imputato di rimanere in silenzio non porti con sé alcun tipo di conseguenza. È evidente lo scarto con il principio giuridico per cui dall'esercizio di un diritto non dovrebbero discendere effetti negativi per il titolare. Ed è ancora più evidente la natura politica del giudizio espresso dalla Corte europea che non si cura di garantire la coerenza giuridica di un sistema di tutela effettiva dei diritti, ma cerca sempre un compromesso fra esigenze, appunto, politiche e rispetto delle garanzie formali. Questo improprio bilanciamento di valori emerge chiaramente quando l'interesse pubblico a indagare e a condanne per specifici reati viene preso in considerazione e valutato come un elemento contrario all'interesse dell'individuo a che le prove a suo carico siano assunte correttamente e nel rispetto della legge. L'unico limite che si pone al giudice di Strasburgo è quello di non eccedere nelle valutazioni politiche al punto da giustificare misure che annullino la vera essenza dei diritti di difesa dell'imputato, incluso il privilegio contro l'autoincriminazione<sup>22</sup>.

Verrebbe da chiedersi, qual è la vera essenza di un diritto? In quanto tale, un diritto o è rispettato nella sua forma legale oppure è violato, l'essenza, al di là della forma, rimane un concetto inafferrabile, utile per giustificare qualunque decisione politica rivestita da forme giuridiche.

Concetti *fuzzy*, logica decisoria non controllabile, conseguenze non prevedibili, una situazione d'incertezza che si pone agli antipodi del *climax* in cui dovrebbero fiorire le garanzie.

Non va meglio per la presunzione d'innocenza, principio cardine del sistema processuale penale, consacrato formalmente dall'art. 6 § 2 CEDU, ma che il formante giurisprudenziale ha trasformato in una regola non assoluta.

Nella ricostruzione del giudice europeo, il diritto a essere presunti innocenti in un procedimento penale e il corrispondente onere gravante sull'accusa di provare i fatti per cui si procede ammettono consistenti eccezioni, giacché le presunzioni di fatto o di diritto operano in qualsiasi ordinamento penale e non sono, di principio, proibite dalla Convenzione<sup>23</sup>. Agli Stati si richiede comunque di contenere tali presunzioni entro limiti ragionevoli che tengano conto dell'importanza della posta in gioco e della salvaguardia del diritto di difesa<sup>24</sup>. Anche la presunzione d'innocenza non si sottrae, pertanto, alle regole del bilanciamento fra gli interessi in gioco: i mezzi utilizzati devono essere ragionevolmente proporzionati al legittimo scopo perseguito<sup>25</sup>.

In questa nuova dimensione elastica del principio, la presunzione d'innocenza entra in bilanciamento con la tutela della persona offesa che nel sistema europeo è

---

<sup>22</sup> Così si esprime Corte EDU, *Jalloh v. Germany* [GC], 11 luglio 2006, § 97.

<sup>23</sup> Corte EDU, *Falk v. the Netherlands* (dec.), 19 ottobre 2004. Sulle eccezioni al principio, v. anche Corte EDU, *Janosevic v. Sweden*, 23 luglio 2002, § 100; Corte EDU, *Salabiaku v. France*, 7 ottobre 1988, § 27.

<sup>24</sup> Corte EDU, *Radio France and Others v. France*, 30 marzo 2004, § 24; Corte EDU, *Salabiaku v. France*, 7 ottobre 1988, § 28.

<sup>25</sup> Corte EDU, *Falk v. the Netherlands* (dec.), 19 ottobre 2004.

definita vittima del reato. Si possono leggere decisioni in cui viene espressamente sottolineato come i procedimenti penali riguardanti reati sessuali siano percepiti con grande sofferenza da parte delle vittime, specie se queste siano costrette, contro la loro volontà, a confrontarsi con l'imputato. Tali considerazioni sono ancora più rilevanti nel caso in cui la vittima sia un minorenne. Nel valutare se, in casi siffatti, l'accusato abbia goduto o meno di un equo processo, occorrerà necessariamente tenere in considerazione il diritto al rispetto della vita privata della vittima <sup>26</sup>.

In tale ragionamento si annida una duplice violazione della presunzione d'innocenza: sulla base del mero titolo del reato si riducono le garanzie difensive; dando per accertato lo *status* di vittima, si sottende inevitabilmente la responsabilità dell'imputato. Solo in questa logica, apertamente incompatibile con la presunzione d'innocenza, si giustificano le scelte operate dalla Corte europea. E si tratta di scelte di notevole portata, con ricadute immediate sul diritto al contraddittorio nella formazione della prova. L'art. 6 § 3 lett. d) CEDU non può essere interpretato nel senso di imporre, sempre e comunque, che le domande siano rivolte al teste direttamente dall'imputato o dal suo difensore attraverso l'esame incrociato o con altro metodo <sup>27</sup>. Prevale su tutto l'interesse a prevenire la vittimizzazione secondaria.

Gli esempi tratti dalla giurisprudenza europea potrebbero essere molteplici. Il dato più interessante non è rappresentato tanto dalla contestabile scala di valori sulla quale vengono graduate le garanzie dell'imputato, quanto dall'evanescente metro di giudizio dell'equità complessiva del processo impiegato unitamente agli altrettanto incerti principi di proporzionalità, di adeguatezza e di effettività.

Badando al risultato complessivo del processo equo, il giudice europeo finisce per giustificare singole e vistose violazioni delle forme procedurali e delle sottostanti garanzie. Se questo parametro venisse consegnato nella mani del giudice nazionale procedente, quale criterio di apprezzamento quotidiano dei singoli atti processuali che via via vanno compendosi, finirebbe per travolgere i diritti dell'accusato. Ed è proprio quello che sta accadendo, il prezzo che stiamo pagando a queste nuove fonti europee del diritto processuale penale.

Il rischio, ma ormai forse ben più che un rischio, è quello di una pericolosa deriva giurisprudenziale della procedura penale giustificata dalla presunta esigenza di conformarsi a inafferrabili principi europei. Portando alle estreme conseguenze questa impostazione, si finirebbe per riconoscere all'accusato un unico meta-diritto, quello all'equità del processo secondo il discrezionale apprezzamento del giudice procedente. Ben poca cosa in luogo dei diritti costituzionali attuati dalla legge formale.

La visione europea dei diritti deformalizzati, dell'equità complessiva del processo come stanza di compensazione di singole violazioni di norme precettive poste a tutela dell'imputato con altri valori confliggenti, sta già producendo i suoi frutti sul terreno interno. Basti pensare alla rinnovata fortuna che riscuote la teoria del pregiudizio

---

<sup>26</sup> Corte EDU, S.N. v. Sweden, 2 luglio 2002 § 52; Corte EDU, W.S. v. Poland, 19 giugno 2007, § 55.

<sup>27</sup> V. ancora Corte EDU, S.N. v. Sweden, 2 luglio 2002 § 52; Corte EDU, W.S. v. Poland, 19 giugno 2007, § 55.

effettivo<sup>28</sup> o quella analoga delle “nullità moderne”<sup>29</sup> che non sono altro se non la trasposizione, nell’ordinamento nazionale, del concetto finalistico europeo dell’equità complessiva. Teorie che sul terreno minato delle invalidità disvelano un netto aspetto autoritario della giurisdizione, trovando insperati consensi anche nella dottrina affascinata dai nuovi concetti al punto di proporre una legalità dinamica di matrice europea<sup>30</sup>.

Siamo all’ossimoro: non può esistere una legalità, ancorché dinamica, affidata alla libera discrezionalità del giudice, guidata da concetti *fuzzy* come l’equità complessiva del processo. La legalità dinamica europea è appunto l’ossimoro di un principio di legalità definito dal giudice, di una legge sottoposta al giudice.

Approfondendo l’analisi, non è difficile scorgere, dietro a teorizzazioni ispirate alla giurisprudenza europea, il sinistro fascino del processo penale del risultato, nel quale il raggiungimento dello scopo, in termini di efficienza repressiva, domina su tutto il resto.

A dispetto delle derive interpretative e applicative da tempo in atto, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L’obiettivo, in termini cognitivi e non repressivi, 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.

Tuttavia, bisogna ammettere che oggi 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 da tempo ampio spazio a un diverso sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato.

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 solo quando si trasforma in strumento di contrasto preventivo al crimine: basti pensare al sistema delle

---

<sup>28</sup> Al riguardo, si rinvia all’approfondito studio di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*.

<sup>29</sup> Secondo la definizione di F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 135 ss.

<sup>30</sup> 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).

misure cautelari ormai legislativamente contaminato da programmi di prevenzione della violenza ai quali si deve sottoporre chi ambisca a recuperare celermente la libertà personale<sup>31</sup>.

La procedura penale si è così trasformata in luogo deputato ad esercitare il potere, piuttosto che regola destinata a limitarlo, citando testualmente le profetiche parole pronunciate da Massimo Nobili oltre vent'anni fa<sup>32</sup>.

#### 4. Futuribili.

Come reagire al diritto processuale penale alla deriva<sup>33</sup>, ai diritti dell'imputato che non vengono presi sul serio<sup>34</sup>, alle pericolose fascinazioni europee, alla sottoposizione della legge ai giudici?

In sede teorica, va riaffermata con forza 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 esclusivamente nel rispetto della legge processuale di attuazione dei valori costituzionali. Solo chi legittimamente detiene il potere politico, ossia il popolo nelle forme della rappresentanza parlamentare, può decidere quali siano i modi con cui amministrare la giustizia penale. Alle scelte democratiche del legislatore, giuste o sbagliate che siano sotto il profilo tecnico giuridico, non può sostituirsi la magistratura, nemmeno nelle sue più alte rappresentanze.

Al di là delle solenni enunciazioni di principio, non si intravedono, però, segnali confortanti. Il potere politico è oggi troppo debole, l'opinione pubblica appare intorpidita da un eccesso di informazioni distorte, volutamente strumentali alla diffusione di un ingiustificato senso di insicurezza. Il peso della scienza accademica è praticamente inesistente.

Il pessimismo cresce quando si considera il metodo delle più recenti proposte di riforma del processo, come il progetto Orlando, scritte codificando in larga misura norme inespresse di matrice giurisprudenziale. Molte delle nuove disposizioni che propone il legislatore sono pedissequamente ricalcate sulle norme giurisprudenziali prive di disposizione. Un esempio per tutti è rappresentato dalla sanatoria generalizzata delle invalidità in caso di richiesta di giudizio abbreviato. Ciò significa che tutt'ora quella norma che si vorrebbe codificare non è desumibile dal testo della legge processuale, che appunto va modificata per prevederla, ma si fonda solo sulla fonte di produzione

---

<sup>31</sup> Il riferimento è all'art. 282-*quater* comma 1 c.p.p., disposizione palesemente illegittima per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost.

<sup>32</sup> M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale* (1995), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 190. Va sottolineato come molte delle considerazioni esposte nel testo siano riprese, in modo volutamente testuale, dalla lucidissima analisi condotta da M. NOBILI, a testimonianza della lungimiranza delle critiche allora espresse dall'Autore anche nel saggio *Forme e valori duecento anni dopo* (1994), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 3 ss.

<sup>33</sup> Il riferimento è al titolo dell'analisi svolta da M. R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), trad. it., Bologna, 2003, p. 17 ss.

<sup>34</sup> Parafrasando il lavoro di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982, p. 61 ss.

giurisprudenziale. Senza dimenticare la dirompente novità del vincolo del precedente per la giurisprudenza di cassazione e, a cascata, per tutta la giurisprudenza. Il nuovo art. 618 comma 1 bis c.p.p. stabilirà che l'*overruling* rispetto al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite debba passare attraverso una nuova decisione delle stesse sezioni unite. Questa disciplina non avrebbe senso se la giurisdizione di legittimità fosse, come dovrebbe essere, solo interpretazione. Il vincolo del precedente assume un preciso significato, invece, in un sistema dove la giurisprudenza è fonte di produzione del diritto e questo approdo è proprio quello che certifica il disegno di legge, in contrasto con un sistema costituzionale ancora improntato alla stretta legalità penale sostanziale e processuale (art. 25 comma 2 e 111 comma 1 Cost.) nonché alla soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.).

Se il legislatore abdica al suo ruolo e si limita a formalizzare acriticamente la procedura penale giurisprudenziale, se addirittura legittima la giurisprudenza quale fonte di produzione del diritto vincolata dal precedente delle sezioni unite, significa che forse è entrato in crisi irreversibile il concetto stesso di legalità processuale e che il potere è stato definitivamente consegnato all'ordine giudiziario.