

COMMIO DAL (GIUSTO) PROCESSO

OLIVIERO MAZZA

Tradimenti di un codice

Trent'anni di vigenza del codice di procedura penale sono la storia dei tradimenti del modello originario di un processo penale accusatorio e garantista. Le trasformazioni, favorite dalla crisi dell'idea stessa di codice, hanno condotto al nuovo modello giurisprudenziale del processo di scopo.

Betrayal of a Code

The original model of the accusatory criminal trial has been repeatedly betrayed in these thirty years. The transformations, favored by the crisis of the rule of law, have led to the new jurisprudential model of the purpose trial.

SOMMARIO: 1. Il primo tradimento del processo accusatorio e le stagioni del codice - 2. Il tradimento dell'idea stessa di codice e la lunga marcia della riforma giurisprudenziale. - 3. Dalla codificazione legislativa alla decodificazione giurisprudenziale. - 4. Nuovi tradimenti e nuovi scenari.

1. *Il primo tradimento del processo accusatorio e le stagioni del codice.* In trent'anni di vigenza, il codice di procedura penale ha subito innumerevoli tradimenti.

È stata tradita, anzitutto, l'idea del modello accusatorio imperniato sull'inchiesta preliminare di parte prodromica all'esercizio dell'azione. Un'idea che veniva da lontano, dalla "bozza Carnelutti" del 1962 e che si è affinata strada facendo nel corso dei lunghissimi lavori preparatori, fino ad assumere tratti che, già nel testo del 1989, si presentavano largamente compromissori, tali e tante erano le possibili deroghe al principio di separazione fra le fasi. Eppure il passaggio dall'istruzione alle indagini preliminari, pur con tutti i suoi limiti, rappresentava il tratto qualificante del nuovo sistema processuale.

Nella prima stagione di applicazione, dal 1989 al 1992, l'obiettivo principale della resistenza al cambiamento è stato proprio quel fragile equilibrio fra un'indagine che doveva avere carattere preparatorio e non istruttorio, essendo finalizzata solo a stabilire la necessità della celebrazione del giudizio, e un dibattimento che sarebbe stato il luogo d'elezione per la formazione della prova.

La resistenza al cambiamento si è presto trasformata nell'aperto rifiuto per un'indagine preliminare che servisse solo al pubblico ministero per raccogliere e selezionare il materiale probatorio necessario alla sua informazione ossia per verificare il fondamento della domanda da proporre al giudice attraverso l'esercizio dell'azione penale.

È apparsa subito culturalmente inaccettabile, soprattutto per la magistratura, la prospettiva che fosse garantita l'assoluta irrilevanza processuale di quanto

appreso durante l'inchiesta preliminare. Sono così entrate in crisi le regole d'esclusione e con esse tutti i divieti probatori e più in generale la legalità della prova che era una delle più limpide innovazioni della riforma.

L'arma impiegata per sferrare l'attacco alla struttura del codice è stata quella delle questioni di legittimità costituzionale che sono proliferate a dismisura, in un attacco senza precedenti alla costituzionalità di una legge. Si è così assistito all'inverarsi di un primo paradosso: il codice repubblicano, nato dopo l'entrata in vigore della Costituzione con il preciso compito di darvi attuazione, oltre che di adeguarsi alle carte internazionali sui diritti dell'uomo, è stato dapprima sommerso dai dubbi di legittimità sollevati dai giudici chiamati ad applicarlo e poi ha ceduto di schianto sotto i colpi sferrati dalla Corte costituzionale, culminati nelle sentenze demolitorie del 1992¹. Escludendo l'eventualità che il legislatore e i "tecnici" che lo avevano coadiuvato non avessero minimamente inteso il senso della disciplina costituzionale del processo, resta solo l'ipotesi alternativa di una strumentalizzazione del dettato costituzionale da parte di chi, chiamato ad applicare il nuovo codice, non voleva sottomettersi alla volontà della legge.

Del resto, rileggendo gli argomenti posti a fondamento delle innumerevoli questioni di legittimità emerge chiaramente il meccanismo psicologico della rimozione: si è voluta allontanare la consapevolezza disturbante delle ragioni poste a fondamento della riforma, prima fra tutte la tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, attivando quella reazione psicogena che porta a non ricordare i danni irreparabili causati dal processo inquisitorio fondato sull'istruzione. Dalla dimenticanza si è così passati alla formazione reattiva che ha trasformato le linee portanti del codice nel loro esatto contrario. Basti pensare alla decostruzione del contraddittorio accompagnata dall'ideazione dell'antitetico principio di non dispersione della prova unilaterale d'indagine. Senza dimenticare che la rinnovata centralità delle indagini ha portato con sé le tradizionali distorsioni nell'uso della custodia cautelare, dapprima *ad eruendam veritatem* negli anni di "Mani pulite" e poi sempre più in chiave esemplar-punitiva. Nel volgere di un lustro, si è passati dall'illusione della fase preparatoria «che non conta e che non pesa»² all'istruzione non garantita, con un sensibile arretramento anche rispetto alle garanzie guadagnate a fatica sotto la vigenza del codice del 1930. L'euforia per la riforma, spesso determinata

¹ V., per tutte, Corte cost., n. 255 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1967. Al riguardo, si rinvia alle serrate critiche mosse da FERRUA, *Anamorfofi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfofi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 157 ss. e spec. 170 ss.

² NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 34.

da una divulgazione per luoghi comuni, approssimativi e fuorvianti, ha dovuto cedere il passo alla constatazione di una ben diversa realtà, in cui l'abbandono del sistema inquisitorio garantito, sedimentatosi nella vigenza repubblicana del codice Rocco, ha lasciato spazio a un modello accusatorio non garantito. Un codice nato, per vero, senza una precisa identità è stato facile preda della supremazia dei poteri del magistrato penale in un clima culturale in cui l'accusatorio era sulle labbra, ma nel cuore albergava sempre l'inquisitorio³. In parallelo alla demolizione delle strutture portanti del processo accusatorio si è registrato un altro fenomeno, forse ancor più rovinoso, inscenato dalla creazione legislativa di un doppio binario processuale per contrastare più efficacemente la criminalità organizzata, soprattutto di tipo mafioso. La graduazione delle garanzie inversamente proporzionale alla gravità del reato che si deve giudicare è la negazione della funzione garantista del processo penale, il tradimento dell'idea stessa di processo degradata a strumento repressivo di natura special preventiva. Ma la logica del doppio binario, nata proprio nel biennio 1991-1992 non è solo costituzionalmente eccezionale, sebbene nessun giudice abbia mai sollevato dubbi al riguardo, ma ha prodotto negli anni successivi un deteriore effetto espansivo che ha dato origine alla moltiplicazione delle eccezioni e dei binari di fronte a ogni vera o presunta emergenza criminale, al punto che oggi non esiste più un modello unitario di processo penale, ma tanti sottosistemi eccezionali in cui spesso le più elementari garanzie costituzionali risultano sospese.

2. Il tradimento dell'idea stessa di codice e la lunga marcia della riforma giurisprudenziale. La prima stagione, quella dell'opposizione costituzionale al codice post-costituzionale, si è protratta fino al 1999.

Esattamente vent'anni fa - e questo è il secondo anniversario che si celebra nell'anno in corso - il Parlamento ha fatto pesare, forse per l'ultima volta, la sua supremazia con la riforma costituzionale del giusto processo. L'unico argine possibile per fermare la deriva delle declaratorie d'illegittimità costituzionale del codice era quello di costituzionalizzare, *expressis verbis*, alcuni principi, peraltro già desumibili dal testo fondamentale, come il contraddittorio nel momento di formazione della prova legato a doppio filo con l'esercizio del diritto di difesa. Solo così era possibile arrestare lo slittamento del sistema verso un'illimitata istruzione sommaria governata dal dominio assoluto del pubblico ministero.

³ Tutte queste osservazioni si devono alla lucida analisi di NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 20 ss. e 68 ss.

Il giusto processo in Costituzione ha ribadito, in forma solenne, che le garanzie sono anche regole epistemiche da rispettare non solo nell'ottica della tutela dei diritti dell'accusato presunto innocente, ma anche quale salutare profilassi conoscitiva.

A fronte di un così chiaro messaggio ci si poteva attendere il passaggio dal meccanismo della rimozione, in alcuni casi addirittura della dissociazione, all'accettazione del *novum* rappresentato dal processo accusatorio. Così, però, non è stato. Abbandonato lo strumento affilato, ma anche dichiarato, delle censure di legittimità costituzionale, si è passati alla nuova e più lunga stagione, quella degli ultimi vent'anni, di progressiva erosione dell'idea stessa di codice condotta per linee interne, quasi sotto traccia. L'opposizione frontale e demolitoria portata nei primi anni di vigenza alle previsioni di legge con gli incidenti di costituzionalità ha così lasciato progressivamente il campo alla loro riscrittura per via interpretativa.

Sono cambiati gli strumenti, ma non il fine perseguito: immutato il giudizio di fondo sulla irrazionalità di un modello garantista, ritenuto perciò inaccettabile, sul presupposto, manifestamente erroneo, che il processo penale debba essere uno strumento efficiente di contrasto alla criminalità e di punizione dei colpevoli, la magistratura si è organizzata per svuotare di contenuto le disposizioni di legge e per sostituire al modello legale accusatorio un diverso schema giurisprudenziale di rito plasmato dagli stessi applicatori in funzione delle loro scelte politiche.

Gli esempi di questa tendenza, ormai ben consolidata, sono innumerevoli e giungono fino alla più stretta attualità simboleggiata dalla decisione delle Sezioni Unite che ha cancellato il principio di immediatezza nei rapporti fra il giudice e la prova, a dispetto della previsione legale dell'art. 525 c.p.p.⁴

L'ultimo tradimento riguarda, pertanto, l'idea stessa di codice.

Ancora una volta si staglia nettamente la dimensione del paradosso per cui la crisi della legalità processuale ha avuto inizio proprio quando la Costituzione, con la riforma del 1999, ha previsto la formalizzazione del principio che vuole la giurisdizione attuata mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, co. 1, Cost.).

Dopo vent'anni dall'inserimento in Costituzione della clausola del *due process of law*, il processo è oggi regolato principalmente dalla giurisprudenza, nel senso che la *regula iuris* non è più quella espressa dal testo formale delle

⁴ Cass., Sez. un., 10 ottobre 2019, Bajrami Klevis, in *Mass. Uff.*, n. 27675402. In proposito, v. le condivisibili considerazioni critiche di GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "Codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in *questa Rivista*, 2019, 11-12.

disposizioni ancora contenute nel codice di procedura penale, ma quella desumibile dalle norme di matrice giurisprudenziale, intese quali norme inesprese, ossia norme senza disposizione di riferimento, significati precettivi che non sono riconducibili al testo di legge delle disposizioni⁵.

Uno stato di cose difficilmente compatibile con il semplice sillogismo costituzionale che si può descrivere nei seguenti termini: premessa maggiore, la giurisdizione penale si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, co. 1, Cost.); premessa minore, i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.); conclusione, ai giudici non è consentito stabilire una disciplina del processo diversa da quella legale, pena la violazione del principio costituzionale di legalità processuale e la compromissione del loro ruolo di soggetti chiamati ad applicare *soltanto* la legge.

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

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

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

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

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

Le forme nel processo simbolizzano, dunque, precise scelte valoriali, assiolo-

⁵ Sulla crisi della legalità processuale, v., fra gli altri, FERRUA, *Governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Padova, 2019, 37 ss. (in corso di pubblicazione); NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in questa *Rivista*, 2017, 421 ss.

gicamente orientate alla tutela prioritaria di determinati principi prevalentemente di rango costituzionale o comunque super legislativo. Se così non fosse, se ci trovassimo di fronte a vuote previsioni di legge, per di più lesive dell'efficienza processuale, la magistratura avrebbe il preciso dovere di sottoporre le irrazionali scelte politiche allo scrutinio di legittimità costituzionale.

Chi invoca, rispetta, calpesta le forme, invoca, rispetta o calpesta valori e principi, comunque aventi rilevanza costituzionale⁶.

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

La teoria del pregiudizio effettivo⁷ e quella analoga delle “nullità moderne”⁸ sono il miglior terreno su cui misurare un netto aspetto autoritario della giurisdizione. Il minimo comun denominatore delle nuove teorie dell'invalidità è rappresentato dal sinistro fascino del processo penale del risultato nel quale il raggiungimento dello scopo domina su tutto il resto. Non è la caccia che vale più della preda⁹, ma esattamente l'opposto: pur di catturare la preda - e la metafora tristemente scolora nella realtà - si giustifica il bracconaggio, una caccia senza regole giustificata dal risultato.

A dispetto delle teorizzazioni giurisprudenziali, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L'obiettivo, in termini cognitivi, non è altro che la naturale risultante del percorso seguito, ossia del rispetto delle regole di procedura scandite da una scala di valori, 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. Il diritto di difesa è un superdiritto costituzionale che non ammette limitazioni, come testualmente affermato dall'art. 24, co. 2, Cost.

⁶ Così NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 3.

⁷ Al riguardo, si rinvia all'approfondito studio di CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*.

⁸ Secondo la definizione di IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 135 ss.

⁹ Ricorda icasticamente CORDERO, *Diatrìbe sul processo accusatorio* (1964), in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220, che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato». Analogamente, secondo ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 858, «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato».

Troppo spesso si dimentica il preciso insegnamento che ci ha fornito la Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009, forse la miglior pronuncia sul giusto processo: il «diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del ‘giusto’ processo ... Un processo non ‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»¹⁰.

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

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

Ci troviamo dinanzi a un sistema penale ancora formalmente concepito e giustificato sul primato della legge che, tuttavia, ha lasciato ampio spazio a un diverso sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato¹¹. 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 tendenzialmente punitivo, presumendosi, di fatto, la colpevolezza dell'imputato.

Agli occhi del giudice, la procedura penale è rivalutata solo quando si trasforma in strumento di contrasto preventivo al crimine: basti pensare al sistema delle misure cautelari ormai legislativamente contaminato da programmi di prevenzione della violenza ai quali si deve sottoporre chi ambisca a recuperare celermente la libertà personale¹².

La procedura penale si è così trasfigurata in luogo deputato a esercitare il potere, piuttosto che come regola destinata a limitarlo¹³.

A distanza di trent'anni dall'entrata in vigore del codice, dopo troppi tradimenti, suona certamente anacronistico riaffermare la centralità del tema delle

¹⁰ Corte cost., n. 317 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 1734.

¹¹ V. ancora NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 185 e 189.

¹² Il riferimento è all'art. 282-*quater*; co. 1, c.p.p., disposizione palesemente illegittima per contrasto con l'art. 27, co. 2, Cost.

¹³ NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 190.

forme del rito penale, della loro natura di garanzia, peraltro non solo individuale, della stessa legittimazione democratica che la giustizia penale trova solo nel rispetto delle forme di garanzia dei valori costituzionali. In un momento storico di crescente delegittimazione del potere politico e di deriva populista¹⁴ può sembrare quasi controproducente riaffermare il principio democratico per cui solo chi legittimamente detiene il potere politico, ossia il popolo nelle forme della rappresentanza parlamentare, può decidere quali siano le forme e i modi con cui amministrare la giustizia penale.

Peraltro, occorre ammettere che il tema della legalità processuale non è nuovo e non nasce con la riforma dell'art. 111 Cost. Uno dei più evidenti pregi della struttura originaria del codice era proprio quello di essere intrisa di legalità processuale. C'è un filo rosso che lega - o forse, meglio, legava - l'articolo 124 c.p.p., laddove si impone ai giudici e in genere all'apparato statale l'osservanza della legge procedurale al di là del sistema delle invalidità, pena la responsabilità disciplinare, all'articolo 1 c.p.p., per cui la giurisdizione penale è esercitata dai giudici secondo le norme del codice, all'articolo 189 c.p.p., secondo cui le prove sono espressamente disciplinate dalla legge e le prove atipiche rappresentano un'eccezione ben definita, all'articolo 220 delle norme di attuazione c.p.p. che segna l'*incipit* della legalità processuale fin dal primo istante in cui emergano indizi di reato, all'art. 272 c.p.p. per cui la libertà personale può essere limitata soltanto a norma delle disposizioni del codice. Per non dimenticare il principio di stretta legalità delle nullità, scolpito nell'articolo 177 c.p.p., o delle ipotesi di decadenza, imposto dall'articolo 173 c.p.p., o quello di tassatività delle impugnazioni. Il filo conduttore della legalità processuale lo possiamo scorgere ancor più nitidamente nella disciplina costituzionale del processo, dall'articolo 25, co. 1, Cost. sul giudice, all'articolo 112 Cost. in tema di azione, agli articoli 13 e 27, co. 2, Cost. sulla custodia cautelare e i suoi fini, agli atti incidenti sulle libertà di domicilio e di comunicazione, dettagliatamente regolati dagli articoli 14 e 15 Cost. Senza dimenticare il già citato articolo 101, co. 2 Cost. da cui discende non solo l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri statuali, ma per le funzioni interne al processo, la soggezione alla legge di procedura, e l'art. 111, co. 1, Cost. che non lascia dubbi sulla portata del principio volta ad abbracciare tutto il processo.

4. *Nuovi tradimenti e nuovi scenari.* L'idea stessa del codice, quale garanzia

¹⁴ Sull'attuale situazione politica, v. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, *passim*.

di legge, è entrata in crisi, come detto, in modo paradossale, dopo la costituzionalizzazione del giusto processo e del corollario della legalità processuale.

Una nuova dicotomia contrappone formalismo legale e pragmatismo, quest'ultimo alimentato dal fascino irresistibile di quell'idea del processo teleologicamente orientato e legittimato dal raggiungimento del fine.

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

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

Il principio di lesività dell'atto invalido, ad esempio, segna la morte della procedura penale. Non esistono più regole di procedura, ma solo indicazioni non precettive su come dovrebbe celebrarsi un processo, una sorta di *vademecum*, linee guida contenute nel libro (codice) dei buoni consigli lasciato al prudente apprezzamento giudiziale.

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

Le derive giurisprudenziali si misurano ancor meglio sul terreno dell'abnormità¹⁵ e dell'abuso del processo¹⁶.

¹⁵ Il riferimento è alla sentenza Cass., Sez. un, 01 febbraio 2008, P.M. in proc. Battistella, Rv. 238240, secondo cui «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla, poiché, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, è configurabile il vizio dell'abnormità in ogni fattispecie di indebita regressione del procedimento in grado di alterarne l'ordinata sequenza logico-cronologica». Per un commento critico a tale impostazione si rinvia a MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1372 ss.

¹⁶ «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in

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

Come si può pensare che al giudice sia attribuito il potere di sindacare le ragioni recondite e non dichiarate di scelte difensive legittime? Come si può pensare che nell'atto processuale formalmente valido conti anche l'interno psicologico ossia il concreto motivo che spinge la parte a compierlo?

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

Caduta la legalità processuale il sistema è completamente asservito al potere giurisdizionale. Si sono consegnate da tempo ai giudici le chiavi del processo, invocando la supremazia della sostanza sulla forma, il fine dell'efficienza e della celerità a scapito delle garanzie. Ma vi è anche una tendenza più pericolosa, in quanto meno sfacciatamente anti-garantista. Si fa appello al metro europeo dell'equità complessiva del processo, ai non meglio definiti principi di proporzionalità, di adeguatezza e di effettività per giustificare singole e vistose violazioni delle forme procedurali e delle sottostanti garanzie che però non

tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso nel caso di specie qualsiasi violazione del diritto alla difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, atteso che lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive - attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricasazione inammissibili - con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali)» (Cass., Sez. un., 10 gennaio 2012, Rossi e altri, in *Mass. Uff.*, 251496). Al riguardo, v. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2444 ss.; Aa. Vv., *Abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3592 ss.

inficerebbero il saldo attivo del processo. Una parte autorevole della dottrina processualpenalistica fornisce così copertura europea alla violazione della legalità processuale, senza dover contrapporre efficienza a garanzie, ma opponendo, in modo più insidioso e ambiguo, garanzie europee, ritenute reali, concrete, efficienti, alle sterili e vuote garanzie formali, rappresentate dal pedissequo ossequio alla legge¹⁷.

L'errore di impostazione è evidente. Si invoca un parametro di giudizio europeo, pensato per una valutazione da compiersi *ex post* di un processo già concluso e solo in funzione della tutela minimale dei diritti umani in sede internazionale, ossia per le più vistose violazioni, con l'intento di consegnarlo nelle mani del giudice procedente quale criterio di apprezzamento quotidiano dei singoli atti processuali che via via vanno compendosi. L'equità processuale complessiva è un criterio elastico e tipico della giurisdizione europea sulla cui base non si può governare lo svolgimento di un processo. Allo stesso modo, sono insoddisfacenti i criteri succedanei, o meglio i corollari, della proporzionalità, dell'adeguatezza, dell'effettività e delle garanzie compensative dietro i quali si nasconde non tanto una nuova legalità europea, quanto la negazione della legalità in favore del *judge made law*.

Il tradimento dell'idea stessa di codice, in favore di un catalogo di regole giurisprudenziali, non è però l'ultimo approdo al quale siamo destinati, trent'anni dopo la grande riforma e a vent'anni dal giusto processo costituzionalizzato. Nuovi scenari si schiudono all'orizzonte. La giustizia penale sta cambiando la sua stessa ragion d'essere. Si possono solo segnalare, senza possibilità di indagarli in questa sede, i tratti di un nuovo ordine processuale fondato sull'abbandono della cognizione in favore di una monetizzazione della responsabilità penale.

Il processo penale viene piegato a strumento coattivo di composizione di una lite privata, lo Stato non è più attore protagonista, ma solo comprimario di una pretesa punitiva privatizzata in capo alla vittima del reato, e la componente del ristoro economico diviene quasi prevalente rispetto alla punizione classica. In questo quadro, il processo non è più destinato a essere il luogo della cognizione, ma si trasforma nel terreno di risoluzione alternativa della questione penale, come dimostra plasticamente la sua sospensione con messa alla

¹⁷ 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» (KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2015, 71).

prova dell'imputato.