

QUESITI

IVAN BORASI

Fondamentali amministrativi nella giurisdizione penale

Nella giurisdizione penale rappresentata dal diritto processuale penale di trattazione, i fondamentali amministrativi permettono di comprendere appieno il ruolo dei diritti fondamentali nello sviluppo della legalità multilivello, per un reale giusto ed equo processo penale.

Administrative fundamentals in criminal jurisdiction

In the criminal jurisdiction represented by the criminal procedure of treatment, administrative fundamentals allow for a full understanding of the role of fundamental rights in the development of multilevel legality, for a truly fair and equitable criminal trial.

SOMMARIO: 1. Giurisdizione nelle legalità - 2. Amministrazione giurisdizionale - 3. Poteri processuali “inesauribili” - 4. Discrezionalità e limiti “fondamentali” - 5. Operazione funzionale - 6. Presunzione di legittimità - 7. Prevedibilità di risultati - 8. Ordine giuridico “universale” - 9. Postilla

1. *Giurisdizione nelle legalità.* Storicamente, il ruolo della giurisdizione¹ trova abbrivo nella necessità di evitare il monopolio della giustizia privata, in fondo da leggersi come patrimonio unilaterale di giudizio².

Nella giurisdizione penale, la tensione si scorge tra potere/vincolo delle parti e potere/vincolo del giudice³, senza dimenticare il ruolo preponderante della fiducia; peculiarità di tale rapporto è data dal carattere *sui generis* della pubblica accusa come parte “funzionalizzata”, che non può comunque assecondare un’idea di giurisdizione oggettiva procedurale⁴.

Il sistema regge se, argomenti quali l’armonizzazione delle norme, la lealtà dei comportamenti, l’equità e la giustizia delle decisioni (anche incidentali), sono legati da un rapporto fiduciario alla base⁵, che necessita però nell’opinione di tutti uno sforzo per il superamento della cultura del sospetto latente, alla fine

¹ Vede la giurisdizione come momento di emersione dell’eguaglianza costituzionalmente tutelata, LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2020, 21. Significa la natura “primariamente” soggettiva della giurisdizione amministrativa (ma considerazione da ritenersi a respiro sistemico per tutte le “amministrazioni” processuali), richiamando il portato straordinario di Corte cost. sent. n. 271 del 2019, TOMAIUOLI, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, § 3.

² Cfr. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Nss. Dig. it.*, 1961, 986.

³ Distingue la giurisdizione tra autorità e giustizia, mettendo in luce la relazione tra governo del processo e incidenza sulla decisione, FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1985, 723.

⁴ Secondo un’ottica pubblicistica preponderante, cfr. per la nozione NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *Quest. giust.*, 2021, 160.

⁵ Tratta, in tema, di “fiducia intersoggettiva”, PALAVERA, *Beni comuni e sistema penale*, in *www.discrimen.it*, 2021, 30.

indirizzante lo stesso ordinamento⁶; questa non deve essere una finzione, ma un punto di partenza etico-giuridico, superiore a polemiche o “scandali” cavalcati in un determinato momento storico dall’“informazione”.

La tutela della patologia sostanziale, a tale fiducia accordata, deve avere come piano di sviluppo primario le norme penali e di risarcimento corrispondenti, e solo secondario quello processuale, *id est* non congegnato come apripista⁷.

L’ottica della divisione dei poteri classica non esaurisce il tema degli interessi confliggenti nell’agone del processo penale, in particolare “moderno”.

Rispetto alla tralatizia divisione dei poteri, e allocazione delle funzioni corrispondenti, nell’ordinamento giuridico, anche per natura intrinsecamente “complesso”, coabitano momenti materialmente propri di altre funzioni e ipotesi in via principale, ma più o meno incidentalmente esercitati e serviti in via complementare all’ambito “classico”, senza che ciò debba essere letto come “eretico”, si tratta di “contrappesi” naturali alla fluidità della società e dei rapporti, pure primari⁸.

Esiste una sorta di geometria variabile nella complessione ordinamentale tra poteri e funzioni oggi *in actione*⁹, con il vero limite dato dall’eccesso di potere (come sviamento dal fine e/o straripamento del mezzo), per una legalità “puntuale” nell’applicazione.

Il coordinamento di tale commistione, nel processo, deve avvenire virtuosamente grazie all’interazione dei soggetti attori dell’agone di trattazione e predecisione; il contributo della politica, invece, è sporadico, sostanzialmente al momento dell’emanazione della disposizione (e *soft law* accorso ormai sempre più).

⁶ Evidenza come “futuribile” un sistema processuale penale sorretto dalla “lealtà delle parti”, SPANGHER, *Venature processuali*, in www.dirittodidifesa.eu, 2020, 3.

⁷ Si ricorda sostanzialmente però come le norme di procedura penale siano strettamente legate alle “ragioni dell’individuo”, preponderanti rispetto alle “esigenze dell’autorità”, GAFFO, LA ROCCA, *Il “controlimito” della tutela dei diritti processuali dell’imputato: visioni evolutive delle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *Arch. pen.*, 2019, 13.

⁸ Non vi è alcun eccesso di potere giurisdizionale in ciò, sia come “sviamento” che “straripamento”, figure magnificamente analizzate in SCOCA, *Il contributo di Franco Bassi al diritto amministrativo sostanziale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 5-7.

⁹ Parallelamente, per un’ottica di analisi legata (anche) alla dimensione “privata” dell’“utilità finale”, cfr. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell’oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 1.

La nuova sfida del contraddittorio riguarda lo spostamento di piano dalla formazione della prova mera, alla sollecitazione ragionevole per un'amministrazione di trattazione celere, completa ed equa, "anticipando" la sensibilità ai vizi rispetto al profilo di irregolarità *lato sensu*¹⁰.

La fattispecie di "confine" sulla quale riflettere, sia *ex ante* come accessibilità, che *ex post* come sindacabilità, è l'eccesso di potere, più che la violazione di legge *stricto sensu*, o forse meglio assieme alla stessa¹¹.

Lo Stato di diritto¹², infatti, si avvale della legge per indirizzare il comportamento dei consociati privati e pubblici, ma una volta che si innesta nel circuito il processo (penale), le regole trovano un mediatore (l'amministrazione "classica" può essere vista più come intermediaria invece)¹³, che fa non solo da collante con i privati, ma "amministra" (prima della decisione)¹⁴.

L'interazione "pubblica", tra funzione¹⁵ e servizio¹⁶, permette al giudice della trattazione di contemperare, rispettivamente, l'"origine del potere" e la "finalità dell'attività", ma solo se gli attori ne sono consapevoli e d'accordo¹⁷.

La sfida tecnologica "subita" nello scenario pandemico è la cartina di tornasole per questo scambio virtuoso, sia sotto il profilo organizzativo

¹⁰ Il problema, anche nella procedura, è spesso l'"esecuzione" delle norme come applicate, ciò laddove si necessita di un apporto altrui. Qui non è tanto un problema di invalidità, quanto di sostenibilità, altrimenti tutto il percorso è vuoto. In altre parole, il circuito norma-applicazione non esaurisce l'efficacia-effettività della procedura, quindi le disposizioni dovrebbero essere scritte in questa ottica, e le applicazioni modellate allo stesso modo; in coerenza a ciò, il portato di Cass., Sez. Un., sent. n. 23948 del 2020.

¹¹ Del rapporto complesso tra legge e potere disquisisce dottamente, EUSEBI, *Legalità, non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancor attuale sulla peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre*, in www.discrimen.it, 2020.

¹² Di rapporti tra legalità e Stato tratta CATELANI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, Roma, 2020.

¹³ Si evidenzia la prevalenza di modelli normativi "aperti" per il "bisogno di tutela" amministrativa in PATRONI-GRIFFI, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, § 3.

¹⁴ Il "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo", predisposto dall'UCPI, in www.camerepenali.it, 2019, è certamente un lodevole tentativo concertato di cristallizzazione di *essenzialità* del diritto processuale (oltre che sostanziale), ma forse pecca di una visione ancorata alla rigida gerarchia delle fonti classica, non ha un respiro di metodo prima che di regola; antecedentemente alla disciplina di "battaglia", anche sulla base di principi generali dati, occorre un chiaro metodo di "ingaggio", troppo spesso dimenticato.

¹⁵ Per un approfondimento della nozione, cfr. MIELE, voce *Funzione pubblica*, in *Nss. dig. it.*, 1957.

¹⁶ Per un approfondimento della nozione, cfr. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nss. dig. it.*, 1970.

¹⁷ Parla di giudice "pantocratore" e "profeta", MANNOZZI, *A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice*, in *Quad. st. pen. giust.*, 2020, 280-281.

(tramite protocolli a più piani)¹⁸, sia per la gestione pratica, anche nelle fasi di stabilizzazione dell'emergenza, che di superamento.

Il momento di servizio deve impennare il processo in tutte le intrinseche sfumature, proprio nella "singolarità" dell'accertamento e/o verifica; la sfida è quella di eliminare ruoli di burocrazia processuale, da intendersi anche come macchina fragile rispetto alle evenienze straordinarie o impreviste *lato sensu*. Non è un momento secondario, o peggio nocivo, all'"obbligo" di giustizia, lo impenna fortemente di un fenomeno (riforma o nuova interpretazione); non si deve mai partire da un'analisi dei rischi.

Il ragionamento di trattazione tra le parti ed il giudice, nella logica *flow*¹⁹, deve avere sì un riferimento alla decisione "finale", ma non come ruolo centrale dei singoli incidenti anche in sede di coordinamento, invece radicalmente legato ai diritti, pure rispetto al potere di gestione endoprocessuale, c.d. *astreinte* di "polizia".

Il giudice, nella trattazione, non svolge solo un controllo di legalità, bensì applicativo in amministrazione anche di servizio, personale e di comunità, ma come autorità per la "missione"²⁰.

Si pensi a diverse consuetudini necessarie, non solo nel rito, rispetto ai diversi territori e comunità, che la legge generale ed astratta non può (forse deve) comprendere.

La semplificazione, necessaria per la trattazione, non stride (sempre) con il mondo delle garanzie di legge, anzi può aiutarlo fisiologicamente, anche attraverso lo scambio reciproco in continuità dei punti di vista, al di là del tema invalidità, potenziato nella documentazione grazie al progresso digitale.

Forse la crisi sanitaria in atto ha fatto comprendere l'importanza, anche da leggersi nell'ordinarietà però, della fase organizzativa *macro* (circondariale o oltre), tra le varie figure di responsabilità "corporative", per la fase *micro* (singoli processi), ad ausilio dell'autonomia e indipendenza del singolo magistrato; in specialità, l'interlocuzione continua degli uffici giudiziari circondariali con gli ordini degli avvocati accorsi, come

¹⁸ Si evidenzia come l'organizzazione debba in fondo essere garantita in una prospettiva di effettività, in CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, 22.

¹⁹ Per una disamina teorica di tale logica si veda ampiamente PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Crim.*, 2009.

²⁰ Seppure materia non "tipicamente" amministrativa secondo il portato del *leading case* Corte cost. sent. n. 116 del 2020, § 12.

corresponsabilizzazione per un miglior servizio dal generale (uffici) al particolare (processi).

Il processo è per i tecnici (da *tecné*), a maggior ragione la procedura, non è quindi esigibile al giudice del caso un linguaggio accessibile nell'“amministrazione”; il tutto acuito dal complesso di rapporti ed attori tra cui “spiccano” l'“organo agente” e l'“organo giudicante”²¹, solo questi ultimi portatori di poteri in senso classico (le parti ulteriori sono “solo” titolari di diritti e interessi)²².

Le garanzie difensive, dalla legge al processo, non sono espressione di un potere (pubblico) bensì di diritti (anche potestativi) e interessi (privati)²³; pure contrapposti all'azione ed alla giurisdizione, ma proprio perché privati i primi e pubblici i secondi, con un dovere collaborativo di fondo²⁴.

Bisogna chiedersi se parlare di collaborazione significa pretendere, durante la trattazione, una comune “accettazione” della modalità di conduzione della stessa, senza polemiche²⁵.

Nella trattazione del processo penale vige, nei fatti, un'atipicità tendenziale, orientata ai principi generali, e alla duttilità particolare.

La tendenziale utilità di ricerca di un contraddittorio procedurale “onesto” e “franco” tra le parti ed il giudice, può essere legittimata solo da un'ottica “personalistica” dell'amministrazione della giustizia (di trattazione), che abbia come contraltare l'affidabilità prima che l'affidamento, la sicurezza dei diritti “prima” che la certezza degli stessi²⁶.

Questa amministrazione, seppure paritaria come armi, e non imbevuta della presunzione di innocenza negli incidenti procedurali²⁷, può trovare giusto

²¹ Cfr. sul punto, CARNELUTTI, *Dei rapporti giuridici processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 360.

²² Parla di processo (in generale) secondo lo schema fatto-situazione soggettiva-atto, FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 721.

²³ Per un'analisi dello stretto legame tra efficacia diretta di una norma e attribuzione di diritti, cfr. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

²⁴ Di collaborazione come categoria generale dei rapporti processuali tratta CARNELUTTI, *Dei rapporti giuridici processuali*, cit., 361.

²⁵ La risposta affermativa asseconderebbe una visione del diritto (processuale) come accordo, cfr. DI CIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2007, 1.

²⁶ Profonda riflessione sul “principio personalista” nel diritto amministrativo, ma con afflato generale di sistema, in FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Pers. Anm.*, 2017.

²⁷ Questa non è il primo riferimento dell'incidente, ma rimane lo stesso immanente, rientrando in gioco laddove si debba vagliare una *quaestio* comunque influente la responsabilità generalista; in generale sul

equilibratore nel “principio di precauzione” nella gestione del rischio rispetto al bilanciamento in “evoluzione” del modello legale generale (senza scomodare il *favor rei*)²⁸.

Elemento utile per tale riflessione è la modalità differita di impugnabilità delle scelte incidentali, seppure rilevanti più o meno indirettamente su diritti fondamentali.

La risposta, non può che essere nel senso di pensare la collaborazione come aspirazione ad uno spostamento della critica in via differita (salve ipotesi abnormi); queste considerazioni hanno una valenza strettamente giuridica laddove ciò significhi non formalizzazione di eccezione di invalidità.

Fondamentale la distinzione tra eccezione, critica ed impugnazione; l'eccezione può essere, anche, differita, la critica e l'impugnazione, sono, materialmente differite.

La critica subitanea, nella fisiologia, può riguardare solo l'imparzialità.

Lo strumento giurisdizionale, quale migliore veicolo per il giudizio *stricto sensu*, sconta un preconcetto valoriale nell'autorità, solo poi da “controllare”.

Il mezzo processuale della giurisdizione principia dall'ineluttabile legame tra l'autorità giudicante e le parti.

La divisione dei poteri concerne l'autonomia verso l'esterno, non colora l'esercizio del potere dall'interno, invece rapportabile alla legalità, e come si vedrà verso la ragionevolezza/equità.

La giurisdizione esprime una funzione attuativa, in sostituzione o surroga della norma di legge in concreto²⁹, non solo di applicazione della sanzione *tout court*, seppure veicolata dalla prima³⁰.

Il giudice penale deve tutelare diritti (fondamentali)³¹, sì attraverso la legalità (processuale e sostanziale, in sinergia), ma non essere “mero controllore”

tema si consideri in chiave evolutiva pure l'art. 1 comma 1 legge n. 53 del 2021, in rapporto all'allegato A) n. 1, ed il correlato decreto delegato.

²⁸ Evidenzia la precauzione di partenza come “equidistanza” tra l'accettazione acritica ed il rifiuto acritico, MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, *Riv. quad. dir. amb.*, 2011, 33. Dotto richiamo alla non dicotomia nei fatti tra “*optimizing constitutionalism*” e “*precautionary constitutionalism*”, in MARTINICO, *Due dottrine dei diritti?*, in *www.diritticomparati.it*, 2020, 2-3.

²⁹ Cfr. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, cit., 987.

³⁰ Sapientemente in tema richiama il termine *epiēikeia*, VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 2020, 51.

³¹ Per la diversa nozione di “principi supremi” inviolabili, cfr. il portato di Corte cost. sent. n. 1146 del 1988. Tratta magistralmente del “metaprinzipio”, RUGGERI, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Riv. dir. comp.*, 2021, § 1.

della stessa³²; si può parlare di “sfruttamento applicativo” delle norme processuali, dinamiche, per un’“attuazione puntuale” delle disposizioni sostanziali tipiche³³.

Tale azione giurisdizionale penale (specularmente alla procedura amministrativa classica), anteriormente al momento “finale” decisorio *stricto sensu* (fase decisoria), “propone” un’operazione amministrativa condotta pubblicamente (dal “responsabile del procedimento”), con la partecipazione degli interessati (parti necessarie) e controinteressati (parti eventuali)³⁴, presunta legittima (si veda l’invalidità come eccezione) e intrisa di “finzioni” (quale la presunzione di innocenza), ma sempre legata alla tutela di diritti (processuali e sostanziali) e doveri (pubblici) fondamentali, ove la prevedibilità sostanziale astratta si scontra naturalmente con le imprevedibilità processuali concrete.

Se volessimo rappresentare un’equazione potremmo parlare di legalità sostanziale accoppiata alla giurisdizione penale decisoria, da un lato, e legalità processuale connessa all’amministrazione giudiziale penale, dall’altro³⁵.

Le funzioni dei “lemmi” soprariportati hanno ontologia diversa, anche se medesima simbiosi di scopo; si può anche parlare di giusnaturalismo processuale e illuminismo sostanziale, con diverse declinazioni di legalità e riserva.

La sussunzione sostanziale è un’operazione meccanico-attuativa, latamente vincolata, ove i diritti fondamentali sono, direttamente, meritevoli di tutela *ex se*, mentre la trattazione è un’operazione dinamico-applicativa, latamente

³² Per un riferimento parallelo forte rispetto alla funzione del giudice amministrativo, cfr. PATRONI-GRIFFI, *Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, 4, in cui si afferma: “...il giudice amministrativo è un giudice che essenzialmente tutela diritti, non il guardiano della legalità amministrativa”.

³³ Obiezione rispetto ad una procedimentalizzazione dei giudizi come norme qualitativamente inferiori a quelle del legislatore in PETRELLI, *L’interpretazione della legge è uguale per tutti?*, in *Sist. pen.*, 2020, 120-121.

³⁴ Parla di “giusto processo deliberativo” come influenzato da una democrazia partecipativa, PAJNO, *Giurisdizione amministrativa e democrazia deliberativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 9.

³⁵ Si distingue ulteriormente, per l’ambito sanzionatorio amministrativo ma con possibili implicazioni in generalizzazione, tra momento “amministrativo sostanziale”, momento “amministrativo procedimentale” e momento “amministrativo processuale”, in GABBANI, *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *Sist. pen.*, 2021, 108-109.

discrezionale, ove gli interessi, indirettamente, diventano meritevoli di tutela se sorretti da diritti fondamentali³⁶.

Il ruolo del giudice penale (responsabile) è certamente in “secondo piano”, seppure attivo, nella trattazione, mentre in “primo piano”, e officioso, senza sottacere comunque componenti “impulsive”, per la decisione.

L'amministrazione della giustizia, attraverso la trattazione, si connota di scelte applicative, mentre la giurisdizione *stricto sensu* decisoria, sconta vagli attuativi; ciò non significa che i predetti piani non si imbevono di momenti e discipline in gradualità, ma la suddivisione di principio è “sacra”³⁷. L'appiattimento dell'una verso l'altra (relazione tra artt. 25 e 111 Cost.), crea (solo) un “pericoloso cortocircuito”, magari giustificato da una vecchia idea di lotta “contro” poteri, piuttosto che nuova “verso” diritti.

La legalità processuale penale “spuria” si trova in una posizione “servente”, di collante tra la legalità processuale penale “pura”³⁸ e la legalità penale sostanziale; si potrebbe dire al termine dell'“amministrazione giurisdizionale”. Entrambe le forme di legalità processuale penale predette hanno natura dinamica, seppure in gradualità decrescente man mano che ci si avvicina alla fattispecie criminosa³⁹, ed all'accorsa nozione di responsabilità⁴⁰.

La legalità penale sostanziale ha ontologica natura “rigida”, in quanto più “votata” all'astratto che non al concreto.

Fuor di metonimia, la legalità processuale penale, nelle due declinazioni “dinamiche” come proposte non in “schacciamento”, svolge sempre un ruolo “democratico”, *id est* con un grado di “sicurezza” e “attendibilità” per il sistema tutto quantomeno pari a quello pacificamente attribuito alla “rigida”

³⁶ Non distingue ciò, parlando invece di attività vincolata *tout court*, precisando che la discrezionalità entra in gioco in modo individualizzante solo quando la legge non può generalizzare, DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1985, 745, 749.

³⁷ Non per questo debbono valere gli stessi profili problematici generali tra discrezionalità amministrativa e sindacato per il cattivo uso della stessa, magnificamente compendiate in GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020, 161 ss.

³⁸ Si è già definita la legalità processuale “pura” in BORASI, *La legalità processuale penale “pura” è “naturalmente” fuzzy*, in *Riv. pen.*, 2019, 733.

³⁹ Analizza magnificamente il sintagma fattispecie (penale), GALLO, *Grammatica delle frasi che chiamiamo fattispecie*, in *Arch. pen.*, 2021.

⁴⁰ Per un approfondimento della nozione generale, si veda FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, 1988.

legalità penale sostanziale; semplicemente attraverso un “altro” metodo legalistico (quindi indubitabilmente con tale ontologia) di partenza e arrivo⁴¹. Attraverso la legalità processuale *lato sensu* si analizza il fatto tipico-giuridico, per poi attraverso la legalità sostanziale transitare al caso tipico-giuridico. Se attraverso la legalità processuale “pura” il dialogo “scandaglia” il fatto tipico ipotizzato senza “soffermarvisi”, solo con una certa “confidenza”, grazie alla legalità processuale “spuria” vi è il passaggio ad un momento di vaglio “intimo”.

Ciò che caratterizza le situazioni incidentali di trattazione è la tendenziale (salvo preclusioni insuperabili) rivedibilità più o meno completa dell’epilogo singolo, che però, se effettivamente dialogato, riguarderebbe solo questioni non deducibili secondo un criterio d’ordinaria *due diligence*.

Il dialogo deve partire dalle norme per arrivare ad un oltre, tendenzialmente concordato, in residuo allocato forzosamente, ma senza una decisione classica simil-responsabilità; *id est*, bisogna trasformare il rapporto procedimentale di trattazione da modulare a liquido, dove il comportamento/atto di parte, come il comportamento/provvedimento incidentale del giudice, non sono il cuore del rapporto, solo l’*input* e l’*output*, mentre nel mezzo sussistono opinioni ponderate, ciò al di là del profilo della motivazione incidentale del decreto/ordinanza del giudice. Occorre un ripensamento dei rapporti *de quibus*, arrivando alla “quiete” per la quale, il giudice, nella fase di trattazione, debba essere letto sostanzialmente come un *primus inter pares*, ed il proprio comportamento/provvedimento incidentale di trattazione come un *actus trium personarum*⁴², per poi “tornare” *superiorem non recognoscens* nella fase decisoria.

Volendo utilizzare una figura emblematica, si può pensare ad un giudice che nella fase di trattazione del giudizio scende dal proprio scranno per operare sul medesimo piano delle parti, per poi risalire sullo scranno al momento della valutazione di responsabilità (eventuale); parallelamente, si può dire che il pubblico ministero sino all’esercizio dell’azione penale non “esce” mai dalle proprie stanze per “dialogare” con i soggetti procedimentali⁴³.

⁴¹ Interessanti riflessioni tra “legalismo” e “costituzionalismo” in BARTOLI, *La pena: giustizia o vendetta? Il ruolo dell’arte nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo moderno*, in www.sistemapenale.it, 2021, 2 ss.

⁴² Per la figura cfr. CARNELUTTI, *Actus trium personarum*, in *Riv. dir. proc.*, 1964.

⁴³ “Relegare” una funzione di limite alla “sola” legge processuale, peraltro come interpretata dallo stesso giudice, rappresenta un *boomerang*, una “delega in bianco”; solo gli attori dell’agone lo possono “illu-

Ritornando al cuore delle considerazioni, *id est* riguardanti il giudizio, l'istruttoria procedurale vive nella legalità processuale "pura", anche nel momento "forte" di assunzione delle prove, per poi lasciare il passo alla legalità processuale "spuria" al momento decisorio, e quindi alla legalità sostanziale con il provvedimento finale.

Ciò non significa che all'interno di queste fasi non vi possano essere porzioni "promiscue", ma la fisiologia ha un canovaccio abbastanza lineare.

In altre parole, la nozione di legge penale, che potrebbe sembrare unitaria, in realtà nasconde profonde peculiarità a seconda dell'inquadramento come sopra.

Si può anche dire che, mentre la legalità processuale "pura" è caratterizzata dall'atipicità, la legalità processuale "spuria" è accorsa alla nozione di fattispecie moderatamente "aperta", mentre la legalità sostanziale al requisito di tipicità. I primi due momenti possono scontare però una certa dinamicità graduale, l'ultima fase è intimamente rigida, tanto che trova come contraltare la preclusione del *bis in idem* (seppure quest'ultimo legato anche al momento di esercizio dell'azione penale). L'errore concettuale che spesso si sconta nell'analizzare questo o quell'istituto giuridico è "vivisezionarlo" senza un'ottica di "processo", invece che, per una giusta allocazione categoriale, secondo quanto prima, al fine di consentire la giusta applicazione dei principi relativi.

Sia la legalità processuale "spuria", che quella sostanziale, comunque sono legate in gradualità "crescente" ad un'ottica decisoria finale.

In altre parole, occorre stabilire per ogni istituto, *in primis* se allocare il tema nell'art. 111 Cost. oppure nell'art. 25 Cost., a prescindere da rilievi categoriali ideologici, ed *in secundis*, quindi una volta scelto quanto prima, stabilire quali corollari degli stessi effettivamente sono applicabili, e come, nel caso tipico-giuridico.

In particolare, i corollari dell'art. 111 Cost. debbono sostanzialmente leggersi di "riflesso" rispetto a quelli propri dell'art. 25 Cost., potendosi riassumere il tutto nel senso che la legalità processuale penale "sconta" una riserva di legge di principio, con possibile analogia⁴¹, e applicabilità nel tempo, secondo la

minare", partecipando ad un'attività da considerarsi però di amministrazione, non di esecuzione, in cui l'affidamento nella "saggezza" prevale sulla diffidenza al potere.

⁴¹ Per note essenziali in tema di analogia giuridica si veda VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali, 17.3.2021, n. 10831*, in www.discrimen.it, 2021, § 3.

regola del c.d. *tempus regit actum* (nozione peraltro il cui “riempimento” la significa), caratteri nondimeno da leggersi in senso “restrittivo” per le disposizioni “spurie”. Le leggi penali sostanziali, intese come incriminatrici, non possono che essere “pure”⁴⁵, mentre possono essere “spurie” altre ipotesi di sanzioni parapenali; *id est*, ciò che conta è l’ottica di partenza, la c.d. primaria allocazione, per poi eventualmente “graduare” i corollari, anche se “normalmente” la legalità sostanziale *lato sensu* sconta una riserva di legge stretta⁴⁶, la tipicità/tassatività/determinatezza, l’irretroattività e il divieto di analogia *in malam partem*.

In fisiologia, la giusta allocazione categoriale, in combinato alla corretta applicazione di principio, rendono egualmente (*rectius* ragionevolmente) “garantite” tutte le forme di legalità predette, ciò in quanto meglio plasmate alle singole realtà giuridico-fattuali; *a contrario*, potrebbero rilevarsi scarse od eccessive tutele, con iniquità patologiche di risulta.

La patologia nell’esercizio del potere giudiziario⁴⁷ non può legittimare la modifica in ontologia del potere legislativo, e viceversa; non è un tema “politico” di controlimiti, e solo la fisiologia di un potere, magari implicito secondario, può indirizzare una ricerca analitica consapevole.

La cristallizzazione nelle scelte legislative processuali è naturalmente “parziale”, mentre le decisioni legislative sostanziali, sono eminentemente “imparziali”; in fondo, non si tratta di diverse legalità, ma di differenti tutele “ugualmente” legali.

Con la giurisdizione è chiara la fiducia *ex ante* accordata dall’ordinamento al giudice penale “responsabile”, che non può essere “ritirata” indirettamente, semmai controllata, quindi *ex post*; le parti, anche eventuali, partecipano alla giurisdizione penale con diversi “accenti”, ma non sono in “lotta”, quindi “attendono” un provvedimento finale, che nell’“immediato” si può solo (volenti o nolenti) sperare giusto ed equo.

Il fatto che questa fiducia astratta sia, dalle parti, non ritenuta in concreto “confirmabile”, può rappresentare, solo eventualmente ed eccezionalmente,

⁴⁵ All’interno della legalità penale sostanziale “pura” poi bisogna distinguere tra fatto tipico di reato e concorso di persone nello stesso; e qui si gioca una partita esiziale per il sistema, in caso di un pericoloso “arretramento” di rigidità. Il rischio di elusione della frammentarietà, e della tassatività delle condotte punibili, non è estraneo al concorso “atipico”.

⁴⁶ In tema, si veda plasticamente Corte cost. sent. n. 98 del 2021, § 2.4.

⁴⁷ Storica analisi generale di tale forma di potere in GRIPPO, *Il Potere giudiziario in rapporto alla costituzione dello Stato*, Napoli, 1881.

una causa interruttiva dell'operazione processuale, per il resto sindacabile, peraltro in modo "debole", solo *ex post*.

La chiara cartina di tornasole di tale differenza è portata dalla diversa attuazione dell'art. 111 Cost., rispetto a quella dell'art. 25 Cost., con i rispettivi vizi di legittimità all'art. 606 c.p.p.

Nell'amministrazione giurisdizionale penale vige la causalità (pure non lineare) del "più probabile che non"⁴⁸, maggiormente consona ad una situazione di cronica fibrillazione⁴⁹, mentre nella giurisdizione decisoria il *b.a.r.d.*, più coerente con una situazione di quiete (seppure dopo la "tempesta").

Nella prima, il sillogismo lascia spazio sempre più ad una logica di contemperamento, con una connotazione poco "scientifica" e scevra da profili tecnici di libero convincimento (si pensi anche al tema del "merito amministrativo"⁵⁰ in relazione alla *quaestio iuris*), temi propri (invece) della fase decisoria sostanziale finale.

L'ottica dell'amministrazione giurisdizionale è quanto di più distante possibile rispetto all'emotività decisoria⁵¹, anche nel rito processuale, e si aggiunge alla mera gestione di udienza⁵², inglobando nella trattazione anche l'istruzione probatoria, magari con diversi accenti, ma sempre all'interno di un'unitaria "famiglia".

Anche in questo ambito il *bias* può avere un influsso, ma certamente meno significativo che non nella fase finale di compendio decisorio, avente quest'ultima tensione naturale nel libero convincimento e nella possibilità di revisione o regressione.

A questo punto occorre evidenziare il carattere peculiare dell'amministrazione giurisdizionale, in particolare in raffronto ai punti di contatto con l'esperienza generale del diritto amministrativo vivente.

⁴⁸ Della radice di tale regola si è già trattato in BORASI, *La legalità processuale penale "pura" è "naturalmente" fuzzy*, cit., 733.

⁴⁹ Parla di un sindacato di "maggiore attendibilità" amministrativa, PAJNO, *La giustizia amministrativa nel sistema "convenzionale"*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 3.

⁵⁰ *Funditus*, come momento ultimo di "forza" per evitare un *non liquet*.

⁵¹ Il tema dell'emotività decisoria è splendidamente trattato in INSOLERA, *Legge, ragione ed emozione nella giustizia penale*, in *disCrim.*, 2020.

⁵² Di implicito e generalizzato potere di *astreinte* endoprocessuale sul punto si è già trattato in BORASI, *Il potere d'astreinte endoprocessuale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, 212.

2. *Amministrazione giurisdizionale*. Nell'amministrazione giurisdizionale, prettamente processuale "pura", seppure con diversi accenti dinamico-graduali, il richiamo alla divisione dei poteri trova marcatori peculiari rispetto alla fase giurisdizionale decisoria finale, strettamente connessa alle regole sostanziali; si è peraltro già detto come anche in questa fase vi trovano sede norme processuali "pure", ma il dominio è dato dalle norme a prevalenza sostanziale.

Al tempo di una tregenda quale quella pandemica del coronavirus, anche il diritto, ed in particolare quello processuale penale, deve essere riletto con un'ottica più pragmatica, senza "ricami" o posizioni preconcepite; ciò non significa assecondare una devianza dal processo equo, nella trattazione, e giusto nella decisione, comunque non "disponibili", quanto prendere coscienza dell'insostenibilità di certi atteggiamenti inutili, figli della visione come di "rito" della trattazione processuale⁵³.

Il giudice deve amministrare un potere, quello giurisdizionale, senza "fronzoli", in particolare nella fase giudiziale preparatoria a quella decisoria, bilanciando di continuo diritti fondamentali (in certi casi, eccezionali, e per alcuni aspetti, anche "umani"⁵⁴) con interessi e principi primari, per arrivare equamente ad una decisione giusta⁵⁵.

L'"amministratore" non può essere scelto fiduciarmente, non è un arbitro, ma viene precostituito dal sistema, a cui deve "sottostare" per ciò, e deve "intervenire".

Ciò che rende piena tale "amministrazione"⁵⁶ è la partecipazione delle persone private interessate (parti private con i loro difensori); tale nozione

⁵³ Per straordinarie riflessioni rispetto al diritto dell'emergenza, cfr. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it, 2020.

⁵⁴ Per la distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani, cfr. BALDINI, "Che cosa è un diritto fondamentale". *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in www.gruppodipisa.it, 2016, § 3. Si analizza la peculiarità della materia, in relazione agli atti portanti la stessa, in CANZIAN, LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Riv. AIC*, 2020.

⁵⁵ Spiega come la teorica dei diritti fondamentali in Europa sia nata come opposizione mentre in Nordamerica come integrazione, BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Riv. dir. comp.*, 2020, 3.

⁵⁶ Parallelamente, a utilità generale, la nozione amministrativa di ricerca di "un equilibrio più avanzato", richiamata magnificamente da PATRONI-GRIFFI, *Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive. Il Codice del processo amministrativo come strumento di piena giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

deve intendersi come presenza fisica dei soggetti portatori delle istanze sottese.

Nell'operazione di bilanciamento progressivo, *in action*, classica della procedura penale predecisoria, la legalità rappresenta una cristallizzazione dello *ius* naturalmente "debole", realizzando un "minor vincolo" per l'"amministratore", che però va "aiutato" a causa di ciò.

I paralleli sono tra amministrazione giurisdizionale (procedura in senso stretto) e giurisdizione decisoria (procedura in senso lato e diritto penale sostanziale) da un lato, e ordinanze (o decreti) e sentenze dall'altro.

È evidente come la natura "parziale" delle ordinanze sia conseguenza del tipo di potere esercitato, e del come questo possa essere amministrato (parallelo all'art. 606 c.p.p.)⁵⁷. Pure il sindacato di queste, tendenzialmente legato all'art. 586 c.p.p., deve qualificarsi come "debole" quindi, esterno; il ritenere "necessario" un sindacato sostanzialmente differito conferisce una valenza accessoria alla tutela meritevole, quasi *rebus sic stantibus*.

Il grado, poi, della generale "amministrazione", varia nel "vincolo" alla legge man mano che gli effetti della procedura si "avvicinano" alla decisione sostanziale. Normalmente le norme processuali "pure" sono in rapporto di "causalità materiale" alla decisione, mentre le norme sostanziali sono in rapporto di "causalità giuridica" alla stessa, con delle gradazioni tra/in queste ovviamente⁵⁸.

Fondamentale è comprendere il metodo di amministrazione nelle sfumature⁵⁹.

L'ottica è quella di arrivare ad un interesse pubblico concreto, in tutela del bene giuridico processuale⁶⁰ di scopo per ogni incidente processuale, *micro*, di modo da preparare la decisione, *macro*.

Il livello di interrelazione ed armonizzazione tra l'interesse pubblico *lato sensu* e la tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, ma non solo, sconta la

⁵⁷ Richiama la spesso revocabilità e strumentalità di tali statuizioni, con "influssi" anche sull'immediatezza, Cass., Sez. Un., sent. n. 41736 del 2019.

⁵⁸ Indica le norme sostanziali come disciplinanti "fatti della vita", quindi con insito influsso processuale, PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *Quad. st. pen. giust.*, 2020, 214.

⁵⁹ In tema, può aiutare la teorica nordamericana della *penumbra*, come situazione di mezzo, opinabile, ma presente, trattata in VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gent.*, 2017.

⁶⁰ Per un'analisi del bene giuridico tutelato *ex se* dalle norme processuali penali, cfr. BORASI, *Autore sponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, in *Riv. pen.*, 2019, 427-428.

complessità emergenziale nell'ordinarietà; per interesse pubblico non si intende solo quello "sostanziale", portato dall'obbligatorietà dell'azione penale, ma pure quello "processuale", di ragionevolezza amministrativa (nella trattazione), il tutto al netto della procedura penale "pura" di indirizzo e direttiva (più o meno vincolante), spesso da potersi vedere come concetto giuridico elastico, quasi indeterminato o indeterminabile *a priori*, ma con bisogno di proporzionalità ed efficacia.

Quella del giudice, in particolare di trattazione, è un'opera di "governo", sì con "primazia", ma non di sterile "supremazia", "universalista", e non competitiva, di equilibrio, di direzione applicativa "vincolante", tesa alla "trasformazione" virtuosa dello Stato di diritto (legale) nello Stato di diritti (valoriale); non c'è un bisogno di "distacco" o "comprensione" del /nel processo, quanto invece di scelta di produzione/prodotto, "indirizzato", ma da plasmare "per il meglio", senza timori o preconcetti, vizi questi accorsi spesso alla *mala gestio* di fondo.

In altre parole, la procedura penale "pura" di trattazione non può essere slegata alla naturale "crisi" di sfondo nella gestione ordinaria degli affari penali in contraddittorio, secondo una visione frammentaria, circolare e dinamica del "buon governo dei poteri" e di una "buona amministrazione dei diritti, interessi e principi", incidenti.

Non si vuole pensare ad un moto di "amministrativizzazione della giurisdizione", quanto puntualizzare una complessità giuridica della stessa, *id est* l'anima "libera" interna, senza quindi snaturarne l'ontologia generale.

In queste "operazioni", la legge processuale penale "pura" rappresenta il regolamento, non il limite, del potere, da trovarsi invece nei principi⁶¹; pensare ad una trattazione "notarile" della procedura significa svilire, *in primis* il ruolo della legge processuale stessa⁶², ed *in secundis* quello dell'"amministratore".

Non è una questione di poteri impliciti, ma di modalità di esercizio di un potere ontologicamente proteiforme.

Si potrebbe dire che, la giurisdizione sul rapporto non lascia in secondo piano l'atto rispetto al singolo incidente.

⁶¹ Non è però una questione di concetti giuridici indeterminati; questi ultimi analizzati invece in COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione delle norme*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

⁶² Pensare, aprioristicamente, che la legge (processuale) *ex se* sia dalla parte dei "deboli", è erroneo.

Il tema riguarda fundamentalmente l'eventuale superamento dell'applicazione di una norma, come mera garanzia dell'imputato, in favore dell'interesse concreto dello Stato, e/o della parte civile; ma anche, viceversa, la questione si pone, in quanto non tutte le norme procedurali sono poste a garanzia dell'imputato.

In ordine poi al bilanciamento concreto suddetto, i principi della presunzione di innocenza e del *favor rei* non hanno un'applicazione diretta, bensì mediata, in quanto di trasmittanza alla tutela del bene giuridico processuale specifico della singola norma; il tutto è sempre legato alla "lontananza" dalla decisione sostanziale di questi vagli incidentali. Parametro di riferimento forte rimane sempre il "principio personalista", per la tendenziale tutela dei diritti inviolabili della persona, e della dignità umana, a fronte di interessi collettivi confliggenti⁶³.

La riserva di legge processuale (e di giurisdizione) è certamente da valutarsi come assoluta per l'attribuzione dei poteri tipici, anche incidentali particolari, ma relativa per la regolazione degli stessi come atipici (non indeterminati) di fondo.

Non è una "faccenda" di poteri o di atti amministrativi impliciti, bensì una *quaestio disputata* di atipicità gradata e razionale.

La "morte" del diritto penale è il "sedersi" sulla disposizione, senza "sfruttarla" per uno sviluppo più equo e giusto, anche se *dura lex sed lex*.

Una garanzia è vera solo se proporzionata, adeguata e necessaria nel caso concreto, per ciò solo ineliminabile ed insuperabile.

La garanzia non vive di luce propria, ma di riflesso ad un diritto fondamentale, che nel caso concreto può esserci (con diverse declinazioni) o non esserci.

Tanto è vero che, non si può mai parlare di un abuso di garanzia, bensì di un eventuale abuso di diritto sotteso alla stessa (interesse pubblico concreto)⁶⁴.

⁶³ Ne parla come criterio di orientamento nel bilanciamento, senza possibile presunzione di prevalenza dell'interesse collettivo rispetto ai diritti fondamentali della persona e ai doveri inderogabili di solidarietà, anzi di presunzione relativa di precedenza contraria, MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Cons. ONLINE*, 2019, 363-364. In RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 2013, 11, se ne parla come di ricerca del massimo delle libertà e solidarietà. Indica il "principio di dignità umana" come ancoraggio di giustiziabilità dei diritti, APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *Riv. AIC*, 2020, 121.

⁶⁴ Rileggono l'eccessivo formalismo come limite al diritto, Corte EDU, Sez. III, 21 settembre 2021, *Willems e Gorjon vs Belgio*; Corte EDU, Sez. I, 28 ottobre 2021, *Succi vs Italia*.

Non è corretto dire che, i diritti fondamentali dell'imputato, e le garanzie sottese agli stessi, non possono mai entrare in bilanciamento con altre "forze", senza mai risultare in subvalenza quantomeno nella modalità di protezione concreta⁶⁵; peraltro, limiti invalicabili sono quelli della libertà morale e della dignità umana.

Il legittimo affidamento giuridico, anche processuale, trova un fondamento ulteriore rispetto al solo "bene della vita", di amministrativa memoria, portato dalla norma procedurale singola.

Se la giurisdizione processuale penale, al pari di quella amministrativa⁶⁶, almeno per la parte preparatoria, è di rapporto, anche il singolo atto deve essere letto secondo un'ottica di complessione⁶⁷.

In particolare, da un lato vi sono i diritti fondamentali dell'imputato, dall'altro gli interessi primari dello Stato a "concludere" l'azione penale, e parallelamente gli interessi della parte civile eventuale ad ottenere il risarcimento del danno da reato. La legalità processuale è il terreno su cui si innestano tali rapporti, sullo sfondo dei principi primari di raccordo⁶⁸.

Abbisogna di un significativo approfondimento l'ottica dell'interesse di parte eventuale, ritenuto certamente primario per via sovranazionale⁶⁹, ma nella visione "astratta" recessivo rispetto alle garanzie dell'imputato; la visione è quella della vittima da reato come soggetto debole del rapporto civilistico tra danneggiante e danneggiato, mentre l'imputato come soggetto debole del rapporto "principale" Stato *vs* imputato. Essendo il rapporto civilistico

⁶⁵ In tema, per una ricostruzione "minimalista" dell'inviolabilità, cfr. TESAURO, *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Parte seconda*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, § 2.

⁶⁶ Finemente analizza il "rapporto amministrativo" in relazione al "potere" di esercizio e ai "diritti fondamentali" di relazione, per avvalorare sostanzialmente una complessità oltre le categorie tratlative, GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, § 4.2.

⁶⁷ Acutamente richiama la categoria dei vizi sostanziali come quelli incidenti sulla possibilità di accertamento e soddisfazione della pretesa, SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, nota 15.

⁶⁸ Plasticamente si ricava la naturale propensione di generalizzazione dei principi già testati, in LOMBARDI, *Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2021, § 2.

⁶⁹ In tema, per un'analisi ragionata di sistema della giurisprudenza della Corte EDU, si veda GRISONICH, *Il dirimpente incedere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: Il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo*, in www.sistemapenale.it, 2021.

predetto, nel processo penale, solo eventuale, è “astrattamente” cedevole rispetto alla posizione dell'imputato, salvo bilanciamento in concreto differente⁷⁰.

La complessità dell'operazione non deve portare a ritenere la stessa come “sospetta”, bensì “virtuosa”, in quanto portatrice di esperienza, che, in quanto tale, non può essere bollata come *contra reum* o *pro reo*.

Tale momento esperienziale trova abbrivo nel contatto, nel comportamento, durante l'amministrazione della giustizia da parte del giudice naturale; il potere giudiziario, nel processo di trattazione in particolare, si esprime attraverso un'opera di conoscenza, fattuale e tecnica, oltre che coscienza, umana e professionale, il giudice non è un *robot*, non si esprime tramite algoritmi o mere esegesi.

La creazione esperienziale, attraverso i principi, partendo dal fatto processuale, per arrivare al caso concreto, è differente dalla creazione legislativa, per natura vocativa generale ed astratta; un atteggiamento inerte del giudice di trattazione può paragonarsi al *non liquet* in sede decisoria *stricto sensu*.

Esiste sostanzialmente un ruolo “minimo” tollerabile di compressione dei principi e diritti fondamentali, sia nel bilanciamento valoriale dinamico, che nel dato letterale legislativo⁷¹.

Il potere legislativo, quando cristallizza una norma processuale di trattazione, fa un “mestiere diverso”, spesso improbo, che opera su di un piano “squilibrato” dal caso specifico; pensare ad un legislatore che, tipicamente e tassativamente, regola ogni spazio della trattazione processuale, acconcia una visione “egoistica” della tutela dei diritti⁷², oltre che incompleta ed ingiusta.

In particolare poi, il ruolo della motivazione della legge si correla allo stesso ruolo della motivazione nella fase di trattazione del processo penale, la prima in senso prognostico, la seconda con valenza preparatoria.

⁷⁰ Mette in luce il rischio di pretesa da parte della “vittima” di una prevenzione della pericolosità sociale dell'accusato, MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019, 12. Ricorda, richiamando direttamente l'art. 27 comma 2 Cost., l'impossibilità di assimilazione tra indagine e condanna, oltre che tra denuncia e condanna, MATTEUCCI, *C'era una volta l'art. 27, comma 2, della Costituzione*, in www.discrimen.it, 2021, 3.

⁷¹ In tema di norme programmatiche, lo storico *holding* di Corte cost. sent. n. 1 del 1956.

⁷² Qui, a differenza che per la branca sostanziale, per consentire la stessa, non si deve “escogitare” la via delle cause di giustificazione *lato sensu*.

Ancillare è l'assunto "originalista" della legge, come se la stessa debba valere per ogni "stagione", "ibernata", e sempre perfettamente "afferrabile".

Nel passaggio dalla fase di trattazione, alla fase decisoria, non si effettua un'operazione irreversibile ed imm modificabile, proprio per la particolarità del diverso profilo valutativo del materiale utilizzabile raccolto⁷³; ciò esprime una sorta di primato della seconda nei confronti della prima, difficilmente giustificabile se di fronte ad un'operazione legalistico-meccanica della stessa.

Relegare lo scetticismo giuridico alla sola fase decisoria finale è un rischio che all'attualità non è più possibile correre.

Si pensi solo alla differente "velocità" delle scelte di trattazione rispetto a quelle finali, tanto che il sillogismo processuale è diverso da quello sostanziale, non solo sotto il profilo scientifico.

L'equazione, trattazione strettamente legale uguale decisione strettamente legale, sconta il *vulnus* di comprensione rispetto al passaggio da una fase all'altra.

L'evoluzione naturale dell'analisi *de qua* deve portare ad un approfondimento in ordine all'origine e disciplina dei poteri processuali nel processo penale.

3. *Poteri processuali "inesauribili"*. Il dato di partenza è che esiste una naturale propensione di generale "inesauribilità" dei poteri amministrativi in senso lato⁷⁴ da una parte, e una tendenziale "assolutezza" dei diritti fondamentali⁷⁵ dall'altra.

Il tema del potere del giudice nell'amministrazione della giustizia di trattazione interseca sicuramente anche il ruolo da attribuire alla tematica dello *iura novit curia*, come rapporto tra il provato fatto (processuale) e le conseguenze giuridiche accorse, sempre per il tramite della/di una norma⁷⁶; come se lo *iura novit curia* rappresentasse la causalità giuridica, che viene dopo comunque ad un'inferenza fattuale già vagliata.

⁷³ Non significa però che il momento non sia "critico"; è da valorizzare sempre più come tratto incidente effettivo di "scelta" del materiale "utile".

⁷⁴ Per profili critici di tale assunto si vedano Cons. St., Sez. VI, sent. n. 584 del 2021 e TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

⁷⁵ Per una lettura sostanzialmente estensiva della nozione a quella di diritti umani si veda GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007.

⁷⁶ Per tale richiamo come tesi storica, cfr. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 20-21.

Vi è poi la distinzione tra *subsumptio* astratta, come allocazione, e *subsumptio* concreta, come aggiustamento *hic et nunc*; ciò solamente sostituendo la logica binaria del diritto, con una logica *flo*, portatrice di un margine di discrezionalità proprio dei diritti dell'uomo, recuperando il principio di non contraddizione come equilibratore⁷⁷.

Nell'“ordine isonomico” del giusto processo penale non stona il richiamo leibniziano del giudice quale *advocatus partium generalis*, e in particolare, per la procedura penale di trattazione, l'ottica di una verità probabile non scientifica⁷⁸.

La scelta di un giudice attivo non significa propendere per un “ordine asimmetrico”⁷⁹, come anche il “sillogismo scientifico” è espressione di “deduttivismo” poco incline alla soluzione procedurale di trattazione, in quanto maggiormente legata ad un “sillogismo pratico”⁸⁰.

Il concetto di giusto processo (penale) legale, cristallizzato nel comma 1 dell'art. 111 Cost., non è unico ed immutabile, non è una nozione con radice propria, vive in simbiosi con i principi fondamentali primari, anche riportati nella rimanente parte dello stesso disposto.

L'equo processo di trattazione poi si spinge ai diritti (e interessi) sottesi ai principi, e a valenza forte e non prevedibile *in action*, spostando il piano di analisi dall'interpretazione all'applicazione, non della legge processuale “pura”, bensì dei diritti (e interessi) meritevoli di tutela, grazie ad un bilanciamento.

L'equità, quindi, viene in rilievo dopo il passaggio tra disposizione e norma, e si correla agli atti e comportamenti tramite i diritti.

La programmazione non è certo “indolore”, ma permette quell'“*inventio*” magistralmente “colorata” da Paolo Grossi⁸¹.

Tutto muta nel passaggio alla decisione, anche per le regole processuali (pure nel rapporto con giustizia ed equità), ma questo è un altro ambito.

⁷⁷ Cfr. in tema, PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, cit., 635, 637, 640, 655.

⁷⁸ In tema, cfr. CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 110, 111.

⁷⁹ Sul punto per la *ratio*, *ivi*, 119.

⁸⁰ Per questa distinzione, cfr. MANZIN, *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del rule of law*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2019, 157.

⁸¹ Cfr. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

Peculiare osservazione deve riguardare l'ottica dei fatti (anche processuali), sia primari che secondari, come "affermazione" nei confronti del giudice, che li "controlla", non li "conosce"; la differenza la fa il metodo⁸².

Sovviene la tematica del *fairness* nel contemperamento tra giustizia sostanziale ed uguaglianza-certezza-solidarietà; solo pensando ad una legalità processuale "pura" *fuzzy* è possibile sostenere un *fairness* certamente legato alla giustizia sostanziale per il tramite di quella processuale⁸³; non è una *quaestio* di solo *drafting*.

Chiaro elemento a favore della tesi proposta si può evincere, in negativo, dall'improponibilità della *ratio* portata dall'art. 5 c.p. (come interpretato dalla Consulta classicamente) alle norme processuali di trattazione⁸⁴, e più in particolare all'errore di diritto rispetto a queste (certamente più incline il riferimento all'art. 2 Cost.)⁸⁵.

Questa tesi "sconfessa" l'idea "originalista"⁸⁶ rispetto all'interpretazione (nozione qui utilizzata in senso atecnico) delle norme processuali "pure", in particolare viste nella loro incidentalità; è lo stesso combinato disposto degli artt. 2 e 189 c.p.p. a confermare ciò.

La giurisdizione penale, nell'area processuale, consta di una commistione di sfumature pubblicistiche e privatistiche, che trova massima espansione di fronte ai riti speciali innestabili (non oggetto della presente ricerca); urge la precisazione della differenza tra incidenti e riti innestati, mentre i primi sono "orpelli" del procedimento ordinario, i secondi ne rappresentano una "sospensione".

Diverso il tema delle questioni *lato sensu* preliminari (pregiudiziali e non), rispetto a cui il giudice ha una "residuale" idoneità valutativa (nello stesso

⁸² In tema cfr. CARRATTA, *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2014, 172 e nota 10.

⁸³ Per il legame logico tra queste categorie, cfr. CHIESA, *Giustizia e fairness nel processo penale*, in *Crim.*, 2009, 136-137, 141, 143.

⁸⁴ Parallelamente richiama l'"errore scusabile" ex art. 37 c.p.a. in chiave "eccezionale" di sistema, Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 4135 del 2019.

⁸⁵ Di tali istituti disquisisce magistralmente, PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 7, 9.

⁸⁶ Tratteggia compiutamente tale tesi nell'importante esperienza statunitense sul punto, INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 2017.

processo penale) a norma dell'art. 2 comma 1 c.p.p.⁸⁷; il limite è portato dal riferimento di “dipendenza” della decisione, peraltro quanto mai ampio, legato pure alle *quaestiones* di procedura.

Nel processo penale vige anche il principio dell’“autocontrollo” degli atti del processo, vale a dire all’interno dello stesso, irradiando cioè l’intero sistema dei rapporti processuali⁸⁸.

Tali caratteri del potere processuale di trattazione (e non solo), assieme alla presunzione di legittimità, creano una sorta di “autodichia” con una “zona franca” del giudice penale rispetto all’esterno (in entrata ed in uscita), più accentuata che non rispetto al diritto sostanziale (o processuale “spurio”).

Il giudice penale nella trattazione non può “temporeggiare”, quindi l’“amministrazione” deve essere il più celere possibile⁸⁹ (si parla spesso di “immediatamente”), ciò che contraddistingue i vagli incidentali rispetto a quello di responsabilità, *id est* un “inno” alla deformalizzazione ed alla destrutturazione come tendenza ragionevole; in altre parole, non si possono leggere le questioni processuali incidentali come mini decisioni “finali” o riti speciali “spuri”.

Il metodo esperienziale, di matrice realista, orienta i fattori precettivi primari, verso gli interessi di riferimento, nella complessione procedurale, in un’ottica di sociologia del diritto applicato⁹⁰.

La critica è riferibile all’illuminismo pragmatico del diritto (anche processuale), in quanto materia non verificabile *tout court*; sino ad ascrivere un paventato “uso alternativo del diritto”⁹¹. Rispetto a questa visione, le sfumature sono tante, oltre la mera ideologia di base, piuttosto in senso sociologico, ma non sono acconce ad un’amministrazione “laica”.

⁸⁷ In tema, cfr. RUGGERI, *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell’unità dell’ordinamento giuridico*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 8.

⁸⁸ Cfr. in tema, *ivi*, 20.

⁸⁹ Parla della ragionevole durata come di “criterio guida” e di “canone di valutazione complessivo dei necessari bilanciamenti”, ROSSI, *Il principio di ragionevole durata del processo penale: quale efficienza per il giusto processo?*, in *Quest. giust.*, 2003, § 6; per la ragionevole durata come valore “sussidiario”, FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, § 3. Si attribuisce una “sorta” di copertura ex art. 25 comma 2 Cost. alla ragionevole durata del processo in Corte cost. sent. n. 278 del 2020, § 10.

⁹⁰ Di realismo parla TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1996, 132, 133.

⁹¹ Del tema accenna, *ivi*, 257.

Storicamente, per l'attività amministrativa *stricto sensu*, la *iurisdictio* è rivolta alla tutela "privata" dei diritti individuali, mentre il *gubernaculum* alla tutela "pubblica" dell'interesse generale⁹².

Il rapporto tra *gubernaculum*, di trattazione processuale, e decisione giurisdizionale, svela la medesima *quaestio* sottesa tra indirizzo "politico" e gestione amministrativa *stricto sensu*, vale a dire la volontà di scostamento di piano per un'imparzialità responsabilizzante del decisore; ovviamente, qui la particolarità è data dal fatto che l'indirizzo "politico" è formato dalla legge processuale, a monte⁹³ del *gubernaculum* di trattazione, permettendosi una decisione "legale"⁹⁴.

La valorizzazione del passaggio legge processuale/*gubernaculum* costringe il giudice di trattazione a operare rispetto a un indirizzo discrezionale (seppure peculiare nella tecnicità), e non a "subire" un dettato rigido da attuare freddamente, per poi "trascinarsi" (magari insoddisfatto) sino alla decisione "vincolata" (seppure nel libero convincimento).

Questa chiave di lettura del processo penale è informata all'effettiva tutela dei diritti processuali e sostanziali "interferenti", non ad un'allocatione di disposizioni sanzionatorie. I diritti e principi fondamentali (in fondo anche gli interessi *lato sensu*) processuali non hanno radice politica⁹⁵, bensì naturale e sociale, quindi possono essere aiutati/dichiarati dalla legge nell'esplicazione, ma non costituiti *ab ovo*.

Nella primazia delle *iurisdictiones* poi, si vede con ruolo servente quello della legge, quale equilibratrice di un'operazione di concretezza⁹⁶.

Ebbene, per il processo penale tali momenti si mischiano, partendo, nella trattazione procedurale, da una legalità "debole", e una discrezionalità "variabile", per arrivare alla decisione sostanziale, con una legalità "forte", e

⁹² Cfr. BORASI, COFRANCESCO, *Il principio di adeguamento marginale nel procedimento e nel processo amministrativo*, Torino, 2018, 2.

⁹³ Richiama l'aspetto dell'"amministrazione per legge" nel rapporto amministrazione/legge e riserva di amministrazione, CERULLI-IRELLI, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, 2018, 7.

⁹⁴ Richiama l'opposizione "strumentalità/imparzialità", FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *P.A. Pers. Ann.*, 2019, 124.

⁹⁵ Parla di passaggio da un *bloc de legalité* a un *bloc de constitutionnalité*, CERULLI-IRELLI, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, cit., 3.

⁹⁶ Cfr. BORASI, COFRANCESCO, *Il principio di adeguamento marginale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., 3, 5-6.

una discrezionalità “limitata”; è l’“adeguamento marginale” il criterio di concretizzazione del tutto per il caso specifico⁹⁷.

Il fatto poi che nella procedura coesistano “frammenti” di discipline dettagliate con principi “vaghi” rende possibile la concretizzazione al caso specifico, sempre⁹⁸.

Le norme processuali sono previste al fine di permettere al giudice di mediare diritti, interessi e principi al fine di ottenere la migliore “composizione” possibile⁹⁹, non a limitare genericamente il potere giudiziario, invece compito primario della motivazione, sul fatto sostanziale, e (forse) sulle invalidità procedurali.

Le norme processuali di trattazione sono amministrativamente “norme di relazione”¹⁰⁰, in quanto la lesione del diritto soggettivo, attraverso l’esercizio del potere discrezionale, crea una posizione di interesse legittimo (procedurale)¹⁰¹ nell’interessato (o controinteressato), per cattivo uso, che porta per lo più ad una censurabilità “accessoria” (si veda l’art. 586 c.p.p.) a quella sostanziale.

Particolarità dell’interesse legittimo (procedurale) è la legittimazione ad eccepire la violazione di norme poste anche a tutela primaria di un interesse pubblico (prima che privato)¹⁰², con ampliamento di tutela rispetto all’“originaria” situazione di diritto; in altre parole, vi è una situazione di interesse legittimo (procedurale) con oggetto differente/ulteriore rispetto al diritto da tutelare (proprio per il contemperamento procedimentale).

Ciò non significa però che la legittimazione di denuncia possa riguardare interessi (procedimentali), seppure legittimi, prevalentemente privati, di altri soggetti.

Il profilo distintivo della legalità del rapporto rispetto a quella dell’atto contraddistingue il tema di rilievo connettivo fra amministrazione di

⁹⁷ Cfr. *ivi*, 11.

⁹⁸ Cfr. *ivi*, 188-189.

⁹⁹ Cfr. *ivi*, 191.

¹⁰⁰ Spiega in sintesi l’evoluzione del diritto moderno come concetto complesso di relazione, VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, cit., 50.

¹⁰¹ Straordinaria espressione categoriale dell’“interesse legittimo fondamentale” in PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in www.federalismi.it, 2020, § 8. In giurisprudenza tratteggia il valore categoriale dell’interesse ultimo tutelato dalla norma-modello, Cons. St., Sez. I, sent. n. 1387 del 2020.

¹⁰² In tema, importante studio in COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2015, III, § 4.

trattazione e il potere sindacabile nella discrezionalità concreta, seppure in legame ad un'invalidità chiaramente consona al singolo atto formale.

A cascata, il tema della rilevanza di ogni violazione procedurale di trattazione rispetto alla decisione finale, *id est* come incidenza sulla genuinità di risulta¹⁰³; la chiave di correlazione è il passaggio fatto incidentale-atto processuale-caso concreto.

Molto spesso, quando si tratta della legalità processuale in connessione alle garanzie, si suole riportare l'argomento della tendenziale "assolutezza" ed "indisponibilità" dei diritti fondamentali a base delle garanzie, per tali motivi comunque inviolabili dalle altre parti e dal giudice, almeno secondo lo schema legale e costituzionale cristallizzato¹⁰⁴. Il "mantra" poi riguarda la sicura natura "normativa" di ogni eventuale bilanciamento giudiziale, visto che quello tra i principi ha squisita valenza "politica", e le regole procedurali sono poste proprio per arginare il potere giudiziario da uno straripamento, sia per l'*an* che per il *quomodo*¹⁰⁵.

L'errore concettuale è quello di ritenere, non solo *a priori*, che sia la legge ad "assicurare" la tutela, ma anche *a posteriori*, con il giudice a "subire" tale cristallizzazione per ogni "stagione", salva non conformità a Costituzione.

In realtà è il *due process of law*, come garanzia di equità e giustizia del caso concreto, sia dal lato sostanziale che di *fairness*, ad indirizzare il *process of adjustment*, rispetto ai principi fondamentali del *rule of law*, per assicurare un *fair trial*¹⁰⁶.

Ciò è possibile solo attraverso la comprensione del ruolo della riserva di legge processuale come di "mero rinvio"¹⁰⁷, *id est* con ampi margini di discrezionalità al giudice per l'attuazione¹⁰⁸, come se egli potesse emanare per

¹⁰³ Si tratta della vera sfida finalistica, vale a dire quella di "legare" le regole a tale *raison d'être*.

¹⁰⁴ Con riferimento all'emergenza coronavirus, considerazioni molto interessanti in BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in www.diritticomparati.it, 2020.

¹⁰⁵ In tema, cfr. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 31.

¹⁰⁶ Delle categorie giuridiche anglo-americane tratta RE, voce *Due process of law*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, 1-3, 6-8.

¹⁰⁷ Della categoria si tratta in BALDUZZI, SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, 1989, 1210.

¹⁰⁸ In termini, cfr. Corte cost. sent. n. 20 del 1974.

il caso concreto processuale leggi-provvedimento, quindi senza porsi sullo stesso piano del principio di eguaglianza formale e sue declinazioni¹⁰⁹.

Il limite “vero” al potere giudiziario nella concretizzazione della legalità processuale “pura” è dato dal principio di solidarietà, contraltare dell’abuso del diritto, come espressione di un equilibrio causale ragionevole, a propria volta limite per l’eccesso di potere per violazione della causa¹¹⁰.

Contraltare del bene giuridico delle norme processuali è la causa dell’atto processuale di riferimento¹¹¹, da non considerarsi come endiadi, portando qualità peculiari, che necessitano di una valorizzazione da parte del giudice¹¹².

Nella trattazione procedurale le scelte del giudice hanno valenza solo dichiarativa (*rebus sic stantibus*), sostanzialmente da confermarsi in sede decisoria, quantomeno per le incidenze “dirette” nella decisione sull’imputazione. Vigè il principio della rivedibilità “finale” delle scelte processuali di trattazione “preliminare”, salvo preclusioni/decadenze generali espresse; vi è comunque gradazione caso per caso rispetto al materiale utilizzabile, ma la tendenza è questa.

Non si può pensare che una garanzia (o diritto) ritenuta “indisponibile” in realtà limiti plasticamente il titolare stesso della legge, in modo paternalistico indiretto, in contrasto sostanziale con lo stesso *rule of law*¹¹³.

La criticità si evidenzia quando il punto di vista si concentra rispetto ad una regola preesistente al fatto, ed al giudice, che questi dovrebbe “subire”, non “modellare” *ex post* tramite i principi¹¹⁴; nell’operazione predetta, un ausilio di determinatezza è portato dalla c.d. *Kulturnormen*¹¹⁵, *id est* ritenuta patrimonio comune della pratica processuale.

¹⁰⁹ Ricorda il classico parallelo amministrativo tra norma incompleta e discrezionalità, CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 6.

¹¹⁰ Di tali temi, in generale, tratta in modo illuminante, SILVESTRI, *L’abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2016, 3-5, 9.

¹¹¹ Sul tema già in BORASI, *Il ruolo della componente volitiva nei fatti processuali penali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 253.

¹¹² Analizza le particolarità dell’istituto di teoria generale del diritto dato dalla “causa” per gli atti di diritto pubblico in senso lato, MANFRELLOTTI, *La causa degli atti di diritto pubblico*, in *Riv. AIC*, 2021.

¹¹³ In tema, MANIACI, *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2014, 687.

¹¹⁴ Della visione, cfr. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1131.

¹¹⁵ Richiama tale categoria, SCEVI, *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?*, in *Arch. pen.*, 2017, 10.

La norma processuale, specie se “pura”, non è un diritto “negativo”, e come tale è “poco incline” alla tipicità, tassatività e determinatezza, tanto che anche ove declinata, si trovano, pure proposte espressamente, eccezioni di “respiro”; lo scopo è eleggere il bene giuridico tutelato, attraverso i diritti fondamentali sottesi, ad *instrumentum regni*¹¹⁶.

Essendo la norma processuale penale l’archetipo della logica deduttiva di diritto, nel bilanciamento abduttivo¹¹⁷ con i diritti, principi e interessi, si realizza il processo equo, che poi “potrà” diventare giusto grazie alla decisione “finale”, invece legata ad una *quaestio* di verifica o falsificazione induttiva con libero convincimento probatorio¹¹⁸.

Le norme processuali penali nascono linguisticamente per trasfondersi in atti, comportamenti e decisioni, anche attraverso convenzioni¹¹⁹.

La componente soggettiva della “scelta” del giudice (applicazione “più” che interpretazione), nell’ambito processuale di trattazione, assurge a prevalente, rispetto a quella oggettiva, come peraltro evincibile anche dal diverso dovere motivazionale, e conseguente sindacato¹²⁰, allo stato degli atti, per urgenza, incidentalità ed opportunità¹²¹, tanto da elevarsi ad atecnica discrezionalità del fatto “prima” che dell’atto¹²².

L’evolversi processuale *secundum legem* (nella trattazione) è un’aspettativa *iuris tantum*, come le garanzie dei “modelli” normativi devono essere viste “in potenza” rispetto all’esercizio di un diritto (preciso)¹²³.

La trattazione processuale “dinamica” si caratterizza per una concatenazione di momenti giuridici legati da poteri delegati, via via presupponenti una naturale non completezza dell’ordinamento¹²⁴.

Chiaro è il diverso piano tra chi interpreta una disposizione e chi applica ed attiva un potere mediante non solo giudizi intellettuali, ma anche di valore, rispetto al “merito” processuale¹²⁵.

¹¹⁶ Ricorda il diritto “negativo” in chiave sostanziale, MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 87.

¹¹⁷ Qualifica il ragionamento giuridico come naturalmente abduttivo e probabilistico, GIUSBERTI, *Il ragionevole dubbio*, in *Quad. st. pen. giust.*, 2020, 80.

¹¹⁸ In tema ultimo, cfr. GIOVENE, voce *Principio del libero convincimento*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, 34.

¹¹⁹ Cfr. PASCULLI, *Il sistema penale through the looking glass*, in *Riv. crim. vittim. sic.*, 2013, 60, 71.

¹²⁰ Delle componenti suddette tratta *ivi*, 81.

¹²¹ Cfr. sul punto CRISTIANI, *La discrezionalità dell’atto nel processo penale*, Milano, 1985, 88.

¹²² Di tale distinzione tratta *ivi*, 130.

¹²³ Sul tema cfr. *ivi*, 131.

¹²⁴ Ricorda di tale delegazione *ivi*, 37.

Si tratta di una discrezionalità “paratecnica”¹²⁶, (ma) non vincolata alla “maggiore attendibilità”¹²⁷, dove il modello legale e le conseguenze giuridiche passano da una preventiva interpretazione¹²⁸, per arrivare poi ad un giudizio di valore, che a differenza del sostanziale (con gli artt. 132, 133 c.p.) non ha uno sbocco di eventuale responsabilità, ma di preparazione alla stessa (o censura di invalidità)¹²⁹.

Il principio di legalità discende da quelli di tutela giurisdizionale, di primazia della legge e di eguaglianza¹³⁰.

È la legalità sostanziale di amministrativa memoria a meglio racchiudere, anche a mezzo del generale “rinvio” all’art. 97 Cost.¹³¹, il carattere peculiare della legalità processuale penale¹³², soprattutto se procedimentale *stricto sensu*, in “compensazione” dell’inadeguatezza ontologica della legge¹³³.

Se si vuole, si può scomodare la categoria dell’implicito, come espressione di un potere generale di sistema (si pensi all’art. 352 T.F.U.E.), ma il risultato è lo stesso¹³⁴.

¹²⁵ Cfr. *ivi*, 38-39.

¹²⁶ Parallelemente, la visione del “nuovo” reato di abuso d’ufficio come da leggersi non “parametrabile” ai casi di eccesso di potere nell’esercizio dell’attività amministrativa; in tema, cfr. VICICONTE, *Il nuovo reato di abuso di ufficio e la discrezionalità amministrativa*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2020, 6-7. Tale idea si lega all’ottica di non demonizzazione *ex se* della discrezionalità amministrativa tecnica come momento spesso necessario anche di un’attività “astrattamente” vincolata.

¹²⁷ Lumeggia tale criterio della discrezionalità tecnica classica, GRANARA, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, § 5.

¹²⁸ Del ruolo dell’interpretazione *stricto sensu* non si tratta in questa sede, rimandandosi meramente sul punto in BORASI, *L’overruling della norma processuale penale nello stare dictis vivente*, Roma, 2017, § 1.2.

¹²⁹ Di tali caratteri, in particolare per il sostanziale, cfr. CRISTIANI, *La discrezionalità dell’atto nel processo penale*, cit., 55.

¹³⁰ Cfr. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Riv. Reg. merc.*, 2017, 263.

¹³¹ Il rapporto tra tale precetto primario e la giurisdizione è complesso, più consona all’ambito organizzativo del potere (efficienza), meno a quello funzionale (effettività), cfr. sul punto LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. AIC*, 2014, 1 ss.

¹³² Parallelemente, richiama l’“efficienza giudiziaria” per collegare l’art. 97 comma 2 Cost. all’art. 111 comma 2 Cost., DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in *Pen. dir. proc.*, 2020, § 5.

¹³³ Di legalità sostanziale amministrativa disquisisce MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, cit., 265, 266.

¹³⁴ Per una considerazione sui poteri impliciti amministrativi, cfr. *ivi*, 267-268.

Dalla lettura dell'art. 187 comma 2 c.p.p. si evince, rispetto alla prova penale sul merito dell'imputazione, una sicura autonomia, esplicabile sotto il profilo della pertinenza, neutra rispetto al tempo delle fasi del processo "principale"¹³⁵.

Al di là delle varie regole specifiche di alcuni incidenti processuali, il tema grande riguarda l'eventuale applicazione delle disposizioni generali in materia di prove, o dei principi generali del sistema, e ciò sia rispetto alla singola questione incidentale, che al procedimento incidentale accorso¹³⁶.

L'ammissibilità dell'analogia in materia processuale penale, e l'intrinseca indeterminatezza di queste regole, rendono sostanzialmente atipica la disciplina, con importante momento quello di pertinenza¹³⁷.

Le norme processuali sfuggono poi in generale alla bipartizione come a carico o a discarico, e quindi astrattamente pure al *favor rei*¹³⁸.

La disciplina dell'ammissione delle prove processuali, salvi i casi di indicazioni specifiche ad incidente, trova la sicura applicazione negli artt. 188, 189 c.p.p., problematico invece è lo schema di cui all'art. 190 c.p.p.¹³⁹; più consona lo schema disegnato dall'art. 666 comma 5 c.p.p.¹⁴⁰, sommario e deformalizzato, con sola sollecitazione di parte, e senza fase di ammissibilità.

Non si evince quindi un diritto alla controprova come *ex art.* 495 comma 2 c.p.p.¹⁴¹, essendo escluso il novero di prova a carico o a discarico, ma solo l'utilità per la decisione¹⁴²; ciò non esclude però che la parte istante abbia un onere processuale di delimitazione dell'oggetto della domanda e di almeno un'allegazione di prova, con seguente rischio del fatto ignoto a proprio carico¹⁴³. Fondamentale che la discrezionalità e l'impulso officioso del giudice

¹³⁵ In tema, CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, 522.

¹³⁶ Di tale disambiguazione parla *ivi*, 525, 527.

¹³⁷ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, 528.

¹³⁸ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, 531.

¹³⁹ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, 534-535.

¹⁴⁰ Lo schema dell'udienza camerale non partecipata, già *de iure condito*, è una possibile variante nella discrezionalità del giudice a seconda della natura della *quaestio* specifica; sul punto già in BORASI, *Udienza camerale non partecipata*, in *Riv. pen.*, 2018, nota 58.

¹⁴¹ *Contra*, CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, cit., 539.

¹⁴² Tale considerato è frutto di un'evoluzione di analisi, dall'ottica amministrativistica, rispetto a quanto già trattato sul punto in BORASI, *La prova dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali penali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, 623.

¹⁴³ Già si era disquisito per le mere difese in BORASI, *Riflessi di sistema sul processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 18. Interessante analisi degli "elementi negativi" del "fatto di reato", con ricadu-

non possano mai andare al di là del perimetro della domanda e dell'onere di parte¹⁴⁴.

Le parti possono allegare prove entro “pochi” limiti, o perorare provvedimenti officiosi, ma il giudice vaglia anche tenendo conto dell'economia processuale insita nell'incidentalità del rito (separato da quello principale); pure il contraddittorio e l'oralità vengono sfumati¹⁴⁵, ma non sono consentiti automatismi di prove legali.

Importante tema è quello dei soggetti partecipanti l'incidente non come parti, bensì quali interessati momentanei; infatti, non è escluso *a priori* che anche soggetti estranei al procedimento principale possano essere chiamati a far parte dell'incidente, in qualità di interessati o controinteressati (una specie di litisconsorzio), mentre il giudice è qui portatore di un interesse pubblico forte.

La regola di valutazione dell'incidente di trattazione per il fatto processuale incerto dipende comunque dai valori portati nei singoli istituti¹⁴⁶, diversi dal *b.a.r.d.* in quanto quest'ultimo legato alla presunzione di innocenza, non solo ad una semplice verifica¹⁴⁷.

Nel processo penale, laddove viene meno l'interesse giuridico delle parti ad impugnare un provvedimento astrattamente *contra legem* (norma processuale penale “pura”), se non nel mero interesse della legge stessa, come tale “irrelevante”, significa che la norma, “evoluta” dalla disposizione, è stata rinunziata/derogata in concreto, e di ciò bisogna prenderne atto; situazione, invece, ontologicamente impossibile per le norme sostanziali e processuali penali “spurie”.

Questa situazione è una “variante” rispetto alla “classica” amministrazione del giudice, che qui “subisce” la negoziazione delle parti; evidenti, in tema, sono le “criticità” nel rapporto circolare tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il principio dispositivo e quello dell'autonomia negoziale processuale. Mette conto quindi assurgere a tema complementare quello della discrezionalità interna al processo, in eterna “tensione” con il ruolo

ta processuale di sistema, in TRAPANI, “Elementi negativi a contenuto negativo?” *Contributo ad una analisi strutturale del “fatto di reato”*, in *Arch. pen.*, 2021.

¹⁴⁴ Cfr. per la *ratio*, CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali*, cit., 541.

¹⁴⁵ Cfr. sul punto, *ivi*, 547.

¹⁴⁶ Cfr. *ivi*, 976.

¹⁴⁷ Cfr. *ivi*, 555.

autoritativo della figura giudicante, solo “successivamente” controllabile, il tutto in connessione ai diritti “fondamentali” delle parti.

4. *Discrezionalità e limiti “fondamentali”*: Partendo dalle “ipocrisie” viventi rispetto al principio di obbligatorietà dell’azione penale, tra cui spicca quella dell’“irretrattabilità”, occorre portare alla luce i “limiti” del principio dispositivo (delle prove classico) rispetto ai poteri di “influenza” vari delle parti *in action*¹⁴⁸, il tutto indirizzato dalla *mission* del giudice, al netto dell’imparzialità. Il tema si correla a quello della prova penale in generale¹⁴⁹, ormai da leggersi (solo) come onere particolare se *contra reum*, e (anche) come dovere generale se *pro reo*¹⁵⁰.

Solo secondo questa direttrice, l’accordo delle parti, legittimamente, può indirizzare le sorti del giusto ed equo processo penale di sistema; punto di partenza è che certamente non si può pensare allo spazio demandato all’autonomia negoziale processuale di parte solo come contraltare della “lacuna”, bensì quale “antidoto” avverso la tendenziale standardizzazione “digitale” del diritto. Dall’altro lato, l’autonomia di parte, per essere “tollerata” quale integrazione del sistema legalistico processuale penale, deve essere ancorata, teleologicamente, a valori primari, non certo a meri “interessi di bottega”¹⁵¹.

Il tema gravita tra la dimensione sicuramente pubblicistica dell’azione penale, nelle varie declinazioni, e la dimensione tendenzialmente privatistica della prova penale, nelle differenti sfumature, sullo sfondo della legalità processuale penale di “indirizzo” e delle “finzioni” giuridiche di “risulta”.

Occorre porre l’attenzione ai parametri di “rigidità” insiti nel “tradizionale” concetto di obbligatorietà/irretrattabilità dell’azione penale e nel “trattizio” principio dispositivo delle prove nel processo penale, con un taglio critico,

¹⁴⁸ Del ruolo preponderante, nel processo penale moderno, delle iniziative delle parti, parla DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2004, 6.

¹⁴⁹ Tratta della prova come operazione, FERRUA, *La prova nel processo penale*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2018, 83.

¹⁵⁰ Si ricorda la sostanziale inutilità del diritto alla prova nello *status quo* del processo penale in GAITO, VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2020.

¹⁵¹ Parallelemente, si può forse citare la *rexata questio* nel rapporto tra autonomia contrattuale ed equità integrativa, classicamente trattata in RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

avendo sempre come “cometa di riferimento” la presunzione di innocenza dell'imputato; deve essere chiaro il legame unitario di tali categorie giuridiche durante l'*iter* procedurale.

Bisogna evidenziare l'importanza sempre più crescente della negozialità processuale delle parti¹⁵², al fine di collocarla in una dimensione ultra-privatistica, portante come *rationale* la tutela dei diritti fondamentali delle parti (e non solo), da leggersi però anche come limite, con più “attori protagonisti” e poche “finzioni”; il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nella procedura penale legale è una “frontiera” (ancora) poco esplorata.

Si deve considerare il ruolo “residuale” di mero “controllo”, seppure “attivo”, che deve/dovrebbe avere il giudice penale di fronte alle parti *in action*, consci di come l'accusa sia una sostanziale eccezione alla “quiete”, comportante quindi un “onere” ed un “rischio” di parte; solo la lettura dell'intervento officioso *contra reum* in senso non “esplorativo” *stricto sensu* può rendere equilibrato il sistema, oltre che significare il dovere di ragionevole completezza delle/nelle indagini preliminari. Al giudice del processo penale non può essere chiesto di “ricercare” la verità reale, al più di “sussumere” un risultato processuale comunque “condizionato” dalle presunzioni e dalle regole, oltre che dai fattori umano e imponderabile.

In sostanza, nell'amministrazione giurisdizionale¹⁵³ quando non vi è ingiustificata compressione di diritti processuali fondamentali non vi è violazione (sostanziale) di legge, e ciò è possibile solo per le norme processuali penali “pure”. Per le norme processuali penali “spurie” tale discrezionalità amministrativa è inestensibile *ex se*, in quanto già “vincolata” dal legislatore, come in fase di indagini per il legame con l'azione penale, ed in sede esecutiva per il riferimento all'esecuzione della pena.

¹⁵² Si pensi al tema della negozialità dell'oggetto di prova, del *thema probandum* come vincolo al *thema decidendum*, di ciò possibile approfondimento in ADORNO, *La fisionomia del thema probandum nel processo penale*, in *Foro it.*, 2013.

¹⁵³ Ciò permette l'esaltazione del ruolo della motivazione, come peraltro “rinnovato” dal *leading case* Corte EDU, Sez. I, 6 febbraio 2020, Felloni vs Italia.

In particolare, l'esecuzione è un momento nel quale il riferimento al diritto sostanziale è sempre (più¹⁵⁴) forte, e l'attività deve essere considerata vincolata e "spuria", come anche per la materia penitenziaria *stricto sensu*, al fine di evitare ineguaglianze di trattamento¹⁵⁵.

Occorre osservare come l'"amministrazione giurisdizionale" non debba essere considerata meno tutelante della stretta legalità procedurale¹⁵⁶, ma addirittura un diverso modo/momento all'"interno" della stessa, che si realizza con differenti accenti nei processi dei due gradi di merito, e pure in Cassazione quale parametro del giudizio di diritto stesso, in particolare in rapporto alle invalidità.

Nella trattazione del processo penale, con i suoi vari momenti, incidenti, fatti e atti, il giudice si occupa dello *ius constitutionis* (legato alla *quaestio iuris*), mentre solo nella fase decisoria dello *ius litigatoris*¹⁵⁷.

Le regole processuali nell'insieme sono neutre nel "servire" il diritto sostanziale, hanno un valore intrinseco, una funzione integrativa o sostitutiva dello stesso, con una forte interazione tra teoria del reato e prassi del processo¹⁵⁸.

Questo riguarda l'equità processuale nella trattazione e la giustizia processuale nella decisione, ma i singoli momenti incidentali sono in fondo "autoreferenziali" ai valori di cui sono portatori i beni giuridici sottesi alla tutela, solo poi da sommare e valutare secondo altre regole.

In tale ottica momentanea assurge ruolo fondamentale la sensibilità, mentre vanno a scemare il *favor rei*¹⁵⁹ e la certezza del diritto classica¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Evidenzia le criticità della distinzione come natura (sostanziale o processuale) delle norme, FLORA, *Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività*, in *www.discrimen.it*, 2020, 3.

¹⁵⁵ In tema, di "cangiamento" della legislazione penale ricorda CINCOTTA, *La pena in executivis: dalla legalità costituzionale alla legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2021, 6.

¹⁵⁶ Non è qui una questione di "democrazia", invece magistralmente trattata per la legalità sostanziale da EUSEBI, *Legalità, non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancor attuale sulla peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre*, cit., 2.

¹⁵⁷ Di tale distinzione categoriale, seppure in ambito processuale civile, tratta SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in *www.questionegiustizia.it*, 2017, § 4.

¹⁵⁸ Cf. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Arch. pen.*, 2014, 1-3.

¹⁵⁹ Richiama tale regola per i giudizi o conflitti di giudicati e normativi, FASSONE, voce *Favor rei (principio del)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, 5.

¹⁶⁰ Si pensi al divieto di discriminazione richiamato da PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto (profili applicativi)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, 6.

Il potere giudiziario (penale) è un potere autoritativo in cui la discrezionalità nel processo si esplica per il giudice attraverso delle scelte “parziali” ed un giudizio “finale”¹⁶¹; le fonti normative tutte fungono da “indirizzo” e “garanzia” rispetto a tale esercizio.

Nella trattazione processuale penale la discrezionalità è amministrativo-giudiziaria, con un possibile bilanciamento latente, *id est* una scelta di valore tra diritti, interessi e principi, ma non per fini diversi dall’equità e giustizia normativa; limite alla discrezionalità amministrativo-giudiziaria di trattazione è dato dalla ragionevolezza in tutte le proprie declinazioni.

Nella fase del giudizio finale (chiusa l’istruttoria), la discrezionalità diventa puramente tecnico-scientifica, perché strettamente connessa alla nozione di responsabilità, in “combutta” con il principio della presunzione di innocenza (attività latamente vincolata); limite alla discrezionalità tecnico-scientifica è dato dall’affidamento al diritto vivente.

Certamente correlata a questa distinzione tra momenti processuali è anche quella tra legalità processuale “pura” e “spuria”, che segue, ma non si sovrappone, alla prima, pure per il carattere dinamico-gradato che contraddistingue le forme per il/nel caso concreto. L’analisi sulla norma quindi si somma a quella sul momento, per comprendere quale sistema di principi applicare¹⁶².

È fuorviante l’ottica per la quale la legalità processuale, soprattutto di trattazione, sia l’ultimo baluardo contro uno straripamento “politico” del potere giudiziario¹⁶³, come se la separazione dei poteri primaria possa essere demandata a regole di gestione astratte¹⁶⁴, per di più da concretizzare per il caso specifico; e poi conseguire da ciò come le regole processuali debbano essere stringenti, onnicomprensive e di stretta interpretazione, perché altrimenti in violazione del giusto processo costituzionale, negando altresì che i diritti fondamentali dell’accusato, come solo garantiti dalle stesse, possano

¹⁶¹ Limpidamente qualifica il tema come di “opportunità” in caso di “discrezionalità amministrativa”, mentre come *questio* relativa al margine di “opinabilità” in ipotesi di “discrezionalità tecnica”, GARO-FOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale, dell’Amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, § 3.

¹⁶² Interessante sul punto il portato di Corte cost. sent. n. 32 del 2020.

¹⁶³ Per una forte difesa delle forme processuali, MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Crim.*, 2016, 331.

¹⁶⁴ Non è una questione di “corruzione” tra poteri.

essere diversamente declinati o entrare in bilanciamento con altri diritti o interessi, in particolare della “presunta non vittima”¹⁶⁵.

Il punto critico¹⁶⁶ sta proprio nel pensare che le regole astratte processuali siano tassativamente l’unica (o la migliore) via per tutelare il bene giuridico sotteso alla norma processuale, e che tale scelta sia unicamente demandata *ab ovo* al legislatore, senza applicazione concreta possibile, ma mero controllo; il giudice, di fronte alla procedura, come mero controllore di moduli e campi standard compilati da altri, senza alcuna *inventio*.

Ciò non significa pensare che le forme debbano, o possano essere considerate dal giudice come *tamquam non esset*, ma non solo da controllare, bensì da applicare per concretizzarle al caso ed ai diritti, interessi e principi sottesi.

Le forme processuali, specialmente di trattazione, sono poste per arrivare durante i momenti incidentali “penali”, ed in quello finale, a risultati equi prima e giusti poi, e non per “limitare” chi amministra.

I limiti al potere giudiziario penale, in particolare di trattazione, sono dati dai principi concreti, non dalle regole astratte, e per ciò molto più effettivi, anche nel controllo di validità dei provvedimenti assunti.

L’idea che l’equità processuale, nella legalità, sia solo per momenti *ex post* al processo, di valenza europea¹⁶⁷, e non per un quotidiano governo dello stesso¹⁶⁸, dimentica che è solo attraverso l’applicazione equa (nella quotidianità) della legge processuale penale, in particolare di trattazione, che i diritti primari possono essere assicurati all’accusato *in primis*, ma non solo, con una discrezionalità che non è arbitrio, bensì regola del caso concreto, sempre partendo da un fatto ed una disposizione/norma di indirizzo¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Per la *ratio*, cfr. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., 331.

¹⁶⁶ Tale visione, si ritiene “compatibile” con il portato, in materia di legalità processuale penale, di Corte EDU, Sez. II, 22 giugno 2000, *Cöeme e altri vs Belgio*, ciò grazie ad una “lettura” armonizzatrice e di sistema; evidenzia comunque la particolare ottica europea sul punto, MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d’indagine*, in *Arch. pen.*, 2012, 3-4.

¹⁶⁷ Sul tema olistico dell’*overall fairness*, in rapporto all’approccio sincretico del *taken together approach*, nella giurisprudenza della Corte EDU, cfr. BOLDRIN, *Approccio compensativo e overall fairness nella giurisprudenza della Corte EDU, tra relativismo delle garanzie e altre derive*, in www.la-legislazionepenale.eu, 2021, §§ 3-5.

¹⁶⁸ Per la *ratio*, cfr. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., 338.

¹⁶⁹ Critica tale “gestione” come *judicial legislation*, MAZZA, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze: la judicial legislation all’italiana*, in www.dirittodidifesa.eu, 2020.

Possiamo dire, conformemente ai valori democratici dello Stato di diritto, che la vera legalità processuale “pura” è di “indirizzo”, non di “limite”, per una migliore tutela sostenibile del tutto, non per questo da intendersi come minima, e a prescindere dall’interesse pubblico all’accertamento dei reati e alla punizione dei colpevoli.

Medesima funzione può notarsi nel rapporto tra le nozioni di atipicità e ritualità¹⁷⁰, mentre la prima pretende una concretizzazione, la seconda si siede sulla forma astratta, non dovendosi escludere *a priori* comunque un’interazione ragionevole fra le stesse, senza per ciò solo pensare all’“eresia”.

La legalità processuale penale non è in “crisi di liquidità”¹⁷¹, non vi è alcuna tensione con il principio di uguaglianza nel concretizzare i singoli casi durante la trattazione, anzi si sviluppa una migliore tutela, a prescindere dall’accertamento “finale”.

Fondamentali, per le garanzie processuali, il ruolo dell’equità come espressione di una “scienza pratica”¹⁷², a cui si aggiunge l’empatia nella “precomprensione” del caso¹⁷³.

Tutto è finalizzato ad una tutela giudiziale adeguata dei diritti ed interessi da proteggere nel processo¹⁷⁴.

Un concetto di buon senso che spesso viene relegato ai margini giuridici è quello della sostenibilità delle scelte, ovviamente relazionale al “contatto”, ma in chiave di soluzione “accettabile” per la tutela dei diritti *lato sensu*, che rappresenta la chiave di volta per una sintesi virtuosa come armonizzazione¹⁷⁵.

¹⁷⁰ In materia di prove, tale distinzione in MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, 7.

¹⁷¹ Di crisi del sistema penale liquido tratta MAZZA, *Il sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3467-3468.

¹⁷² Cfr. la splendida analisi in KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1653 ss.; *contra* UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, 4. Per giurisprudenza nell’ambito comunitario sul tema, con respiro “universale”, si vedano BVerfG, 1 BvR 966/03, 1 BvR 118/09 del 20 aprile 2016 e C. const. dec. n. 2012 - 652 DC del 22 marzo 2012.

¹⁷³ Della stessa parla MANNA, *Considerazioni introduttive su: “Il principio di legalità tra legislatore e giudice”*, in *Arch. pen.*, 2020, 3.

¹⁷⁴ Principio basilare richiamato da COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673.

¹⁷⁵ In CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019. -Sintesi-*, in www.cortecostituzionale.it, 2020, 11-12, si tratta delle buone pratiche di modelli procedurali collaborativi, di innovazione, in

Per tale motivo urge una presa di coscienza, *de iure condendo*, ma non solo, di momenti proprio dedicati a tale prova di resistenza, diversamente regolata per la trattazione e per la decisione.

Nella prima, la soluzione, secondo il “più probabile che non”, deve tendere ad una spiegazione teleologicamente orientata, principalmente, ma non solo, al diritto di difesa equo, seppure non “sovrabbondante”.

Nella seconda, la soluzione è appannaggio completo del *b.a.r.d.* e dell’*in dubio pro reo*, ed ogni garanzia deve essere valutata nel massimo legale possibile, anche se “sovrabbondante”.

Per gli istituti processuali, partendo dalla trattazione, e transitanti nel giudizio, quali le invalidità, la regola è quella della fase di concretizzazione del vizio, al di là dell’effetto costitutivo successivo e/o derivato.

Quindi, in sede decisoria può esservi una commistione tra regole diverse di vagli interagenti, direttamente o meno, sulla sostanza finale. In altre parole, per superare la presunzione di legittimità degli atti occorre che sia “più probabile che non” concretizzata la violazione/invalidità¹⁷⁶, mentre per superare la presunzione di innocenza dell’imputato necessita un grado di credibilità logico-giuridico altissimo.

Nell’opera di amministrazione della giustizia di trattazione non si deve sottacere però che il ruolo principe deve essere attribuito comunque al presunto innocente, seppure la presunzione di innocenza non “rileva” direttamente in questa fase incidentale di diritto in quanto non applicabile il *b.a.r.d.*, ma in ragione della forza dei diritti fondamentali di cui è connettore *ex se*, si pensi fra gli altri al diritto di difesa; il ruolo dell’interesse pubblico all’accertamento del reato, e del colpevole, oltre che della vittima in via accorsa e accessoria per il risarcimento del danno, sottintendono un onere di partecipazione forte per “superare” lo “*status quo*”, anche se la questione è di diritto fattuale processuale¹⁷⁷.

un’ottica di sostanziale legalità procedurale elastica; si veda anche la nota accorsa di GATTA, *La relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.sistemapenale.it, 2020.

¹⁷⁶ Senza distinzioni astratte tra assolute o meno; in concreto, i valori “in ballo” orienteranno “diversamente” la soluzione.

¹⁷⁷ Importanti riflessioni del rapporto processuale tra “aggressore” e “vittima” in NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 559. Di una naturale prospettiva “riparativa” di tutela della “vittima” da reato tratta VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.*, 2021, 37.

Nella fase di trattazione il processo deve essere visto sotto due profili: il primo come concatenazione di decisioni, atti, fatti e comportamenti dei soggetti interagenti, rilevanti fondamentalmente sotto il tema delle eventuali invalidità processuali; il secondo quale sommatoria di momenti incidentali processuali a compartimento stagno, con valutazione “*una tantum*” della *quaestio iuris* sottesa, e dell’equilibrio confliggente.

Nel secondo, il tema è il bene giuridico della norma sotteso alla pretesa rispetto al “bene della vita” di cui si aspira il soddisfacimento in conflitto, che il sistema deve tutelare anche al di là della stessa, se meritevole in concreto, *id est* per quanto esposto e valutato complessivamente¹⁷⁸, che porta inevitabilmente ad una pressione per l’atipicità e pluralità delle forme, al fine di una giurisdizione efficiente¹⁷⁹.

Il passaggio nel primo vaglio è però duplice, *id est* prima il raffronto al bene giuridico tutelato dalla norma, per capire poi a quale diritto (normalmente di difesa dell’imputato), seppure in bilanciamento, parametrare l’inferenza dedicata.

Il primo momento cristallizzato dal legislatore (anche se interpretabile con plurioffensività pure antagonista), il secondo cristallizzabile dal giudice in due attività come si è visto diverse (trattazione/decisione), ma in cui il giudice non perde comunque le proprie guarentigie, semplicemente fa due “mestieri” diversi in uno.

Il fatto che per gli incidenti processuali non si utilizzi il *b.a.r.d.* non significa l’applicabilità della c.d. “prova legale negativa”¹⁸⁰, troppo rigida, quanto la regola del “più probabile che non”, più dinamica per l’oggetto specifico legato ad un potere discrezionale.

Il diritto penale (soprattutto processuale) è prima di tutto esperienza che si esplica nel *judicial temperament*, che deve avere come punto di partenza uno “scetticismo giuridico” di base¹⁸¹.

¹⁷⁸ Per la recessività, seppure in ambito amministrativo, del modello di “giurisdizione oggettiva”, cfr. SORICELLI, *Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell’amministrazione e la tutela del privato*, in *Gazz. Amm.*, 2018, 9.

¹⁷⁹ Cfr. *ivi*, 11.

¹⁸⁰ Della categoria tratta, COSTANZI, *La morfologia del processo penale. Un approccio storico-filosofico all’epistemologia giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 92.

¹⁸¹ In tema, TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Riv. AIC*, 2020, 167, 174, che si riferisce per tale categoria a CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013.

La realtà del diritto processuale penale è più complessa ed incerta di quanto una disposizione possa cristallizzare con pretesa di onnivolenza; a tendenza di ciò, le clausole di respiro sempre più utilizzate (remissione in termini, abuso del diritto, inoffensività e protezione) quindi come *education*¹⁸².

La tutela definita “multilivello” dei diritti abbisogna di una visione della riserva di legge come legata al buon andamento *ex art. 97 Cost.*¹⁸³; il livello di tutela adeguato al caso concreto, lo stabilisce il giudice, partendo dalla legge, che prevede un limite solo astratto, da riempire. Ciò non significa ritenere come prevalente uno stravolgimento delle regole prestabilite, bensì un’“umanizzazione” delle stesse (*id est* le regole si applicano salvo che irragionevoli nel caso concreto), senza per ciò solo bypassare il sindacato accentrato costituzionale¹⁸⁴.

L’idea che, il giudice abbia carenza di potere rispetto a diritti fondamentali “indegradabili”, attraverso le proprie scelte concrete, è recessiva rispetto ad un’idea “dialogica” del diritto¹⁸⁵; “ultimamente”, la discrezionalità del potere amministrativo non si trova solo al cospetto di interessi legittimi.

Il potere giudiziario processuale “conformabile”¹⁸⁶ deve toccare sia la dimensione passiva, che pretensiva, degli interessi riferiti ai soggetti la trattazione, mantenendosi in conformità sostanziale alla legge¹⁸⁷.

Vi è uno stretto legame tra diritto fondamentale, che può entrare in gioco nel vaglio di una norma, e bene giuridico di cui la stessa è portatrice come *rationale*, anche rispetto agli altri interessi, diritti, beni e principi in “contrapposizione” momentanea¹⁸⁸; il legislatore consapevole assume il

¹⁸² Di tale categoria tratta, TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, cit., 186.

¹⁸³ *Contra* PAGLIONICO, *Garanzie ed efficienza in un sistema multilivello dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2019, 1.

¹⁸⁴ Straordinarie considerazioni in ordine alla massimizzazione della tutela dei diritti come “metaprinzipio”, anche di sistema, in RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Riv. AIC*, 2020, 136.

¹⁸⁵ In tema, NAPOLI, *Il principio di legalità dell’azione amministrativa nell’esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 2016, 3-4.

¹⁸⁶ Di retroattività amministrativa, potere, effetti e conformabilità tratta TROISE-MANGONI, *L’esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell’individuo*, Torino, 2016, 165 ss.

¹⁸⁷ Per la *ratio*, NAPOLI, *Il principio di legalità dell’azione amministrativa nell’esecuzione penitenziaria*, cit., 6 e nota 17.

¹⁸⁸ Peraltro, si è discusso spesso il tema se alcuni principi fondamentali siano concretizzabili come metodo o garanzia, in realtà poco conta tale classificazione se si ritengono come “solo” di indirizzo; comun-

compito di guidare razionalmente tale scelta (in via generale ed astratta), se vi riesce, non di regolarla in concreto per chiarire il momento di confronto con i principi primari¹⁸⁹.

I fini della legalità sostanziale si “legano” anche ai mezzi attribuiti ai soggetti “incidenti”, poi da “sindacare”, pure sulla base di questo “presupposto”¹⁹⁰.

Nel rapporto tra principi e regole (anche processuali), i primi stabiliscono le *rationes* delle seconde, per una migliore comprensione, integrazione e negazione¹⁹¹.

Nell’operazione di “sindacato” del giudice di trattazione delle *quaestiones iuris* processuali è preponderante l’“intima convinzione”, e recessivo il criterio logico-motivazionale¹⁹², non dovendosi accertare una verità di responsabilità, bensì solo allocare un fatto nel diritto, secondo lo schema del principio *iura novit curia, id est* non importa la motivazione, ma la giustizia della scelta (se non “invalida”)¹⁹³.

Ritenere che la legge sia ragionevole “a priori” porterebbe, nel vaglio incidentale del giudice, ad una sorta di “prova legale” per la soluzione della *quaestio iuris*, incompatibile con il principio dell’equo e giusto processo seppure legale.

Questa lettura porta alla qualificazione dei decreti e delle ordinanze di trattazione similmente ai provvedimenti amministrativi più che ai provvedimenti giurisdizionali decisori “finali”, nell’ottica di una “legalità di risultato” (secondo i parametri di ragionevolezza e proporzionalità)¹⁹⁴.

I provvedimenti in amministrazione della giustizia *stricto sensu* non sono atti “politici”, perché non liberi nei fini, bensì dotati di ampia discrezionalità, ma

que, anche quando apparentemente vincolata la legge processuale regolatrice, l’approccio, seppure gradato, è sempre quello del *substantive due process* non originalista.

¹⁸⁹ Per la *ratio*, NAPOLI, *Il principio di legalità dell’azione amministrativa nell’esecuzione penitenziaria*, cit., 7, 20.

¹⁹⁰ Per la *ratio*, *ivi*, 7, 29.

¹⁹¹ Cfr. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *www.discrimen.it*, 2019, 11.

¹⁹² Invece proprio del principio del libero convincimento in relazione al principio del ragionevole dubbio; in tema, cfr. *ivi*, 12, 15-16.

¹⁹³ In tema, *ex multis*, Cass., Sez. I, sent. n. 16372 del 2015; ma in fondo, anche il momento applicativo del “semplice” diritto procedurale da allocare (*id est* oltre l’invalidità), secondo l’ottica concreta di migliore tutela complessiva dei diritti fondamentali in contesa, può “complicare” la questione *de qua*, nel senso di individualizzarla, e come tale “sensibilizzarla” al ragionamento giuridico sotteso.

¹⁹⁴ Di tale figura amministrativa tratta SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 183.

non di risultato (e di buona fede); il vero affidamento può parametrarsi proprio a questo.

Soprattutto nella gestione dei diritti, seppure per preparare un materiale sicuramente incidente e dirimente rispetto alla responsabilità sul fatto imputato, l'ottica di una natura superiore della legalità formale deve essere recessiva rispetto alla prospettiva del caso concreto (come luogo di incontro e sfumatura tra fatto e diritto processuale)¹⁹⁵.

È fondamentale la relazione tra la scienza normativa del processo e la sociologia fattuale dello stesso¹⁹⁶, che trova nello *stare dictis* il naturale sviluppo del caso nel sistema.

L'idea della purezza passiva delle regole astratte si è dovuta scontrare con la concretezza attiva del caso fattuale da allocare, ciò essendo possibile solo attraverso un'"invenzione" (come ricerca) diversa dalla "creazione"¹⁹⁷.

Il diritto (soprattutto processuale) non è la volontà del legislatore, né si identifica nella legge, quanto piuttosto nella realtà sociale specifica da "inventare", seppure partendo dalle stesse¹⁹⁸.

D'altronde, fondamentale è la distinzione tra garantismo sostanziale e garantismo processuale, oltre che evidenziare la natura cognitiva del secondo¹⁹⁹.

Mentre per la decisione giudiziale il punto di riferimento è la conferma o meno di un enunciato iniziale (l'imputazione), per il vaglio processuale di trattazione, il paradigma è libero, e non rileva il *dubium facti*, bensì il solo *dubium iuris*²⁰⁰, dove quindi il *vulnus* del possibile *bias* ha un influsso più limitato al "momento"²⁰¹.

¹⁹⁵ In tema, cfr. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior.*, 2015, 131-132, 135.

¹⁹⁶ Cfr. *ivi*, 149.

¹⁹⁷ In tema, cfr. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quad. fior.*, 2018, 16.

¹⁹⁸ In tema, cfr. *ivi*, 17-18.

¹⁹⁹ Cfr. SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, 557. Rispetto alla nozione di garantismo, richiama in modo illuminante il disposto di cui all'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, AMATO, *La cultura del garantismo*, in *Dem. dir.*, 2012, 307.

²⁰⁰ Tale generale divisione diacronica del dubbio tra fatto e diritto in CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 3. Si richiama nettamente la predetta distinzione per la sede decisoria in FERRUA, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *www.discrimen.it*, 2020, 3.

²⁰¹ Considerazioni sistematiche sulla giustizia *lato sensu* della decisione in TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020.

È basilare il collegamento dei diritti (processuali) verso lo Stato, e non in direzione opposta, in quanto non vanno creati, bensì garantiti (art. 2 Cost.), nella loro massima espansione possibile di dimensione di tutela, anche rispetto ad eventuali limiti costituzionali in concreto contrastanti²⁰².

La dignità umana è il “vero” limite al bilanciamento delle libertà positive fondamentali, da effettuarsi comunque mediante la *wisdomi*²⁰³, in una complessione di rimedi giurisdizionali concorrenti, da leggersi come arricchimento²⁰⁴.

Il bilanciamento procedurale deve essere *ad hoc*²⁰⁵ per ogni momento incidentale, con scomposizione degli astratti diritti, interessi e principi fondamentali (“eventualmente” anche la presunzione di innocenza) in modalità di tutela concreta, senza partire da astrazioni, ma sotto il cappello della legge cristallizzata come vivente, non solo vigente.

I diritti sono da vedersi come “scudi”²⁰⁶ non “sempre” essenziali nell’utilizzo concreto secondo un *test* di idoneità, necessità e proporzionalità astratta.

Tali bilanciamenti non sono allocabili ontologicamente nella sfera del potere legislativo, se non come mero indirizzo²⁰⁷.

Il fatto giuridico processuale penale incidentale²⁰⁸, nell’accertamento, non si lega al libero convincimento sulle prove di fatto²⁰⁹, in quanto sostanzialmente soluzione di questione di diritto²¹⁰; *funditus*, possibile spazio al libero

²⁰² Per la *ratio*, cfr. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 1-3.

²⁰³ Cfr. *ivi*, 11.

²⁰⁴ Cfr. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale*, in *Cous. ONLINE*, 2019, 552.

²⁰⁵ Cfr. per la categoria, TESAURO, *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Parte prima: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso)*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 167-168.

²⁰⁶ Cfr. per tale riferimento categoriale, *ivi*, 174, 181.

²⁰⁷ *Contra*, SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, cit., 9; TESAURO, *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Parte prima: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso)*, cit., 186.

²⁰⁸ Nozione ricavabile secondo la categorizzazione di BARGI, *La decisione sul fatto incerto*, in *Arch. pen.*, 2014, 2.

²⁰⁹ Tale considerato è frutto di un’evoluzione di analisi, dall’ottica amministrativista, rispetto a quanto già trattato sul punto in BORASI, *La prova dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali penali*, cit., 623.

²¹⁰ Per la *ratio* generale, cfr. BARGI, *La decisione sul fatto incerto*, cit., 6, che richiama alla nota 26 il tema della “verità giuridica” e lo sviluppo dello stesso ad opera di FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 85.

convincimento in questa sede deve limitarsi alla fotografia del dato “oggettivo” fattuale, che non collegato ad una responsabilità, viene a scemare subito dopo²¹¹.

Mentre per il fatto materiale di reato il processo propone una rappresentazione del passato da rivivere²¹², per il fatto processuale si tratta di un “consumo” istantaneo²¹³.

Potremmo dire che i fatti giuridici processuali penali sono “fatti secondari” rispetto a quello “principale” di cui all’imputazione²¹⁴, e che l’onere della prova, seppure rileva ai fini del giudizio incidentale, non segue perfettamente la regola generale *ex art. 2697 c.c.*²¹⁵, ritenendosi onere di allegazione/imputazione²¹⁶, visti comunque i doveri officiosi del giudice per la “verità giuridica”, non riconducibili perfettamente nella regola *ex art. 507 c.p.p.*, quanto piuttosto al principio della vicinanza alla prova²¹⁷.

La decisione incidentale di trattazione del giudice può essere definita la “legge” del singolo caso, senza che per ciò solo si possa parlare di “creazione”, quanto di “invenzione” del diritto nel giudizio; questa è un’opera di *iurisdictio* più che di *iudicatio* classica²¹⁸.

Per meglio comprendere si potrebbe dire che nella trattazione vi è una fase di *ius dicere*, con manifestazione del potere giudiziario di “amministrazione della giustizia”, latamente discrezionale, mentre nella decisione “finale”, vi è una fase di *iudicare* (realizzata dal medesimo soggetto), espressione di un potere giudiziario di “funzione”²¹⁹, latamente vincolato.

²¹¹ In tema si è già chiarito rispetto alla *due diligence* in BORASI, *Due diligence processuale come “mosca cocchiera” nella relatività penale (allato dell’intelligenza artificiale)*, in *Riv. pen.*, 2019, 1204.

²¹² Cfr. MUSATTI, *Diritto e ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 216.

²¹³ Illuminante comparazione tra processo legalistico e processo giudiziario in CARNELUTTI, *Postilla*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 223.

²¹⁴ Secondo una lettura particolare della bipartizione proposta da BARGI, *La decisione sul fatto incerto*, cit., 7.

²¹⁵ Esclude dall’ordinamento processuale penale l’onere della prova, *ivi*, 12-13.

²¹⁶ Tale considerato è frutto di un’evoluzione di analisi, per l’ottica amministrativistica, rispetto a quanto già trattato sul punto in BORASI, *La prova dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali penali*, cit., 623.

²¹⁷ Per un interessante ragionamento sul tema generale si veda anche Cons. St., Sez. IV, sent. n. 5560 del 2021.

²¹⁸ Per un richiamo storico della categoria, PIRAS, *Alcune note e una ipotesi sul “potere” di giudicare*, in *Dir. st.*, 2015, punto II.1.2.

²¹⁹ Per la *ratio*, cfr. *ivi*, punti I.2. e II.2.2.

La connessione tra i momenti all'interno del giudizio porta ad una figura di operazione nella funzione.

5. *Operazione funzionale*. La buona amministrazione, sia come principio che come diritto, attiene al rapporto procedurale tra “amministrazione” e “amministrato” durante il percorso decisionale *lato sensu*, ove deve vigere la correttezza comportamentale di contatto, dove la funzione si rapporta agli scopi, ed il servizio alla garanzia²²⁰.

L'idea di un giudice passivo, che aspetta che la complessione faccia il proprio corso, è recessiva rispetto a quella di un giudice attivo nella complessità (come pure le parti peraltro), grazie anche alla “nobile” idea di una teoria dell'attività amministrativa di giustizia, accanto alla teoria del processo penale e della decisione²²¹, dove la nozione storica di “operazione amministrativa” rivive di luce propria in autonomia rispetto agli atti (come ampi comportamenti accessori ad effetto interno)²²².

Possiamo quindi prospettare un'operazione che riunisce i singoli momenti incidentali²²³, senza considerarli come complessione di atti in espressione parziale “interna”, che si affianca al procedimento/processo classico quale concatenazione di atti ad effetto “finale” esterno.

In questo modo si prova quel “qualcosa in più” rispetto alla visione originalista della legalità (formale), dove lo scopo o risultato dice “qualcosa di diverso” dall'effetto, e l'amministrazione si pone di mezzo tra i poteri e l'atto²²⁴.

Tra il momento di trattazione in amministrazione, e il momento di decisione processuale “finale”, non è “necessaria” un'*actio finium regundorum*²²⁵, forse più difficoltosa è la distribuzione tra norme (da applicare) afferenti all'uno o all'altro, e qui viene in ausilio la distinzione già proposta tra norme processuali “pure” e “spurie”, che prescinde dalla collocazione fisica delle

²²⁰ Cfr. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Dir. st.*, 2010, punto 3.

²²¹ Per la *ratio*, cfr. D'ORSOGNA, *La breve carriera dell'operazione amministrativa nella dottrina italiana: dall'operazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. st.*, 2005, punto 1.

²²² Cfr. *ivi*, nota 1 e punto 3.

²²³ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, punti 5 e 6.

²²⁴ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, punti 6 e 8.

²²⁵ Però di contiguità tra *administratio* e *iurisdictio* tratta dottamente BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l'archetipo del “processo”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009, § 4.

stesse nella “metrica” del codice di rito penale²²⁶. Gli atti in attuazione/applicazione delle norme, secondo il criterio suddetto, ne seguono la qualificazione di natura.

Vi è un effetto “conformativo” della legge processuale (di trattazione) ai diritti, interessi e principi processuali fondamentali, ma tale legame viene a scemare man mano che ci si avvicina al momento decisorio, in modo gradato, sino a toccare l’interpretazione, la responsabilità e quindi la pena²²⁷.

Bisogna porre attenzione però, alla valutazione del predetto legame da condursi, tenendo presente influssi diretti, o solo indiretti (diversamente), con “passaggio” dalla legalità processuale “pura”, a quella “spuria”, sino a quella penale sostanziale *stricto sensu*.

Nella zona di “confine” si applicheranno in “confusione”, caso per caso, principi dell’una e/o dell’altra, con fondamentale ruolo da parte del giudice.

Questa ottica dinamica del diritto (processuale) sancisce lo stretto legame con la branca amministrativistica, sempre peraltro di diritto pubblico come *genus*.

L’ottica legalista processuale, se come “integralismo”, non fa altro che snaturarsi da sé, appiattendosi indebitamente alla legalità penale, anche per la trattazione.

È la tendenziale pubblicità e trasparenza d’altronde, in contrapposizione alla tendenziale segretezza di indagine, a permettere per il processo (di trattazione) il parallelo con gli *essentia* amministrativi²²⁸.

Nella valutazione di trattazione incidentale non esiste, per il superamento della presunzione di legittimità dell’ordinamento, costituito da atti di parte e non, un *favor* per le posizioni “parziali” dell’imputato, ma una “parità” di partenza delle parti, avendo sempre ben chiaro che l’effetto costitutivo può essere solo “veicolato” dal giudice, *rectius* dai giudici in “continuità”, sollecitati o meno.

Diverso il tema, nel vaglio concreto di bilanciamento singolare, della forza naturalmente significativa del diritto di difesa del “presunto innocente”, in tutte le proprie forme e corollari, sicuramente importante nell’inferenza del “più probabile che non” procedurale, anche rispetto alla tesi della “presunta

²²⁶ In supporto, come *ratio*, Corte cost. sent. n. 32 del 2020.

²²⁷ La giurisdizione non è *ex se* un questione di “democrazia”, nozione invece richiamata più volte sul tema in DE SANTIS, *L’uso politico degli strumenti processuali penali*, in *Arch. pen.*, 2012, 82.

²²⁸ Straordinario inno alla trasparenza in WOODCOCK, *La giustizia va riformata: serve più “trasparenza”*, in *Il Fatto Quotidiano*, 14 aprile 2021, 13.

non vittima”, sullo sfondo dell’interesse pubblico dello Stato alla “scoperta” dei colpevoli.

Qui gli interessi *lato sensu* procedurali si affiancano a quelli sostanziali, senza fondersi, ma “rispettandosi”²²⁹.

Se si pensa bene, una volta esercitata l’azione penale, ed in particolare nella fase dibattimentale di trattazione, è come se si sospendesse (temporaneamente) il tema di vaglio sulla responsabilità, salva l’ipotesi eccezionale e restrittiva, peraltro “solo” in *favor rei*, dell’art. 129 c.p.p., in attesa degli incidenti procedurali con regole proprie, seppure sullo sfondo sempre della presunzione di innocenza, demandando al giudice, avanti al contraddittorio delle parti²³⁰, la migliore gestione, con l’indirizzo del *substantive due process*, al fine di poter decidere in completezza materiale ragionevole.

Tale indirizzo, nell’esperienza nordamericana, non è altro che un’evoluzione del *due process* visto solo dal punto di vista formale procedurale legale (*procedural due process*), quindi come prevalenza della garanzia sostanziale rispetto alla formale²³¹.

Quella delle fondamenta amministrative della procedura penale di trattazione è l’unica visione compatibile ad un’idea “universalizzante” degli *essentialia* di un equo processo, specularmente all’“universalità dei diritti dell’uomo”²³².

Garanzia e diritto non hanno quindi lo stesso ruolo, e la stessa forza, solo la garanzia/principio al più, (ma non la garanzia/regola), se però applicata con ragionevolezza, proporzionalità e offensività.

La ragionevolezza, come principio, è strettamente legata allo studio amministrativista della discrezionalità, con una serie di figure sintomatiche,

²²⁹ Si distingue finemente tra “parità delle armi” processuali e “rapporto sostanziale” sottostante in GRECO, *L’atipicità delle azioni e delle tecniche di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

²³⁰ In tema generale, sul punto cfr. Cons. St., Sez. VI, ord. n. 2538 del 2020.

²³¹ Compendio straordinario della (vera) natura del *due process* in RE, voce *Due process of law*, cit., 6, in particolare ove si richiama il precedente di *Goss vs Lopez*, 419 U.S. 565, 579 (1975). In *puncto*, una differente chiave di lettura per un equilibrio della dicotomia come *fairness* e *justice*, in CHIESA, *Giustizia e fairness nel processo penale*, cit., 155-156.

²³² Già di un legame “universale” della procedura penale applicata si è trattato in BORASI, *Per un’antropologia dell’esperienza nel processo penale “segreto”*, in *Riv. pen.*, 2017, 205.

comunque sintetizzabili in un nucleo di “accettabilità” tecnico-sociale minima guidata dalla *phronesis*²³³.

La proporzionalità, quale principio, non deve essere letta come sinonimo di “giusto”²³⁴, bensì quale *test* nella contrapposizione ai diritti fondamentali tutelati dal giudice “applicatore”²³⁵.

L’offensività, come principio, suppone il bene giuridico, e lo declina limitando la rilevanza giuridica alla tutela dello stesso²³⁶.

Pensare le regole del processo, e le corrispondenti garanzie, come a funzione unitaria di tutela dall’eccesso/abuso di potere giurisdizionale, porta ad assicurare l’imparzialità ad oggetto di “trattazione”²³⁷, ma ciò rappresenta un “non senso”.

L’imparzialità del giudice è un presupposto del processo, non un oggetto dello stesso, o quantomeno potrà esservi un oggetto incidentale sul tema (si pensi alla ricusazione), ma solo per poter superare, in concreto, la presunzione di legittimità anche di questo “dato” primigenio.

Fondamentale per comprendere gli elementi influenzanti l’operazione complessiva è il presupposto presuntivo di legittimità degli atti e della procedura.

6. *Presunzione di legittimità.* Il presupposto di partenza è dato dalla distinzione tra l’attività di amministrazione della giustizia in senso stretto, l’atto/provvedimento incidentale “parziale” nella complessione, ed il provvedimento “finale” del processo, vale a dire la sentenza, che assume in sé gli effetti endoprocedimentali precedenti.

L’analisi deve porre in relazione il tema della *quaestio iuris* vagliata attraverso la discrezionalità predetta, con l’argomento delle invalidità tecnicamente riferibili agli atti. Ebbene, tutto il sistema si sorregge in quanto alla base vi è

²³³ Richiamo forte, in tema, a tale figura, in MANGINI, *Etica democratica. Una riflessione sui valori etici nella società liberale*, Torino, 2017, 62.

²³⁴ Cfr. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 146.

²³⁵ Per la *ratio*, cfr. *ivi*, 159, che mette acutamente in luce come l’attuazione delle norme necessiti di un’operazione sempre analogica.

²³⁶ Per la *ratio*, cfr. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 6.

²³⁷ Tratta dell’imparzialità quale “presupposto”, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Arch. pen.*, 2017.

una presunzione *iuris tantum* di legittimità dell'attività giudiziaria²³⁸, censurabile solo nell'eventualità, anche d'ufficio²³⁹.

Alla fonte di tutto si rinviene il principio della necessaria stabilità giuridica, della non relatività, che proprio per questo motivo ha come contraltare la "tassatività" delle nullità previste²⁴⁰. Quest'ultima, seppure "spuria", è il segnale della "preferenza" dell'ordinamento verso la legittimità dell'ordito processuale.

La disciplina delle nullità di ordine generale non è altro che il bigiano della discrezionalità nell'amministrazione della giustizia, mentre l'atto è solo lo "strumento" per la censura eventuale. Quindi, se da un lato si parla di tassatività, ma dall'altro si prevede una clausola generale, che riempie caso per caso la stessa, si "ripropone" la discrezionalità nell'amministrazione (anche in sede di controllo di legittimità indirettamente); il tutto supportato dalla natura di vaglio di diritto, seppure partendo da un fatto, ma non con oggetto "penale".

Tale vizio rientra nella categoria degli *errores in procedendo*, che rilevano non per quanto motivato, bensì per quanto realizzato, quindi solo con riferimento ad invalidità, o più in generale alla "corretta" soluzione²⁴¹.

Per la violazione della legge processuale la Cassazione si dice anche giudice del fatto²⁴², ma non del fatto materiale principale, bensì del fatto giuridico "incidentale", per poter controllare la regolarità processuale, o forse meglio per vedere se superabile la presunzione di legittimità.

Funditus, la soluzione delle questioni processuali incidentali di trattazione, sia direttamente impugnabili, che in via differita, è un giudizio di diritto, censurabile solo per violazione di legge *ex art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.*,

²³⁸ Classicamente del tema tratta TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

²³⁹ Chiosa deve essere "sprecata" per il tema parallelo dell'errore, ma non sovrapponibile; anche questo è un concetto "relativo", si pensi all'epifania dell'errore solo grazie alla tecnologia *pro futuro* (cfr. sul punto l'analisi puntuale in *Understanding wrongful conviction. The protection of the innocent across Europe and America*, a cura di Luparia, Milano, 2015), questo fa comprendere come l'unica certezza, sia l'incertezza, e l'unico rimedio, sia la razionalità, senza ideologie che tengano.

²⁴⁰ Il carattere declamato della tassatività delle nullità (invalidità) non significa tipizzazione singolare particolare, cfr. in tema anche MANCINELLI, voce *Nullità degli atti processuali penali*, in *Nss. dig. it.*, 1965, 488.

²⁴¹ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 2731 del 2017.

²⁴² Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. Un., sent. n. 42792 del 2001.

quindi solo per infondatezza della scelta, con rivisitazione però completa nella medesima condizione *ab ovo* (fatto giuridico).

In altre parole, potremmo anche dire che, dato il tipo motivo di sindacato (*error in procedendo*), per la fase di trattazione la critica (successiva) è sempre libera, quindi una lettura originalista delle disposizioni in materia di invalidità è “pericolosa” per il principio di imparzialità del giudice, in quanto non legata a profili di censura con motivazione sostanziale (quello che tecnicamente un tempo si chiamava “cavillo legale”). Una lettura di *substantive due process*, invece, “costringe” il possibile censore ad uno “sforzo” reale per superare la presunzione di legittimità (in ossequio alla “sicurezza dei diritti”).

Nel momento decisivo finale, questa “purezza” delle questioni processuali di diritto, si snatura gradualmente per la commistione necessaria con il tema responsabilità penale (potremmo definirla, parallelamente a quanto prima, come un’“operazione giurisdizionale”), da risolvere direttamente ed immediatamente²⁴³, con ovvie conseguenze di sindacato (riferimento di sistema *ex art. 606 c.p.p.*).

Nel momento di trattazione, il potere giurisdizionale fortemente legato all’obbligatorietà dell’azione penale, che illumina le indagini preliminari e la fase decisoria dibattimentale successiva (oltre che il prosieguo eventuale), è come si edulcorasse per far spazio ad una fase spiccatamente amministrativa (ovviamente peculiare rispetto a quella classica come già visto), senza che però ciò possa essere criticato “superficialmente” come un’ottica aziendalista incompatibile con il giusto processo voluto dalla Costituzione, tutt’altro; l’effettività, in tutte le sue declinazioni possibili, è una conseguenza, non il *genus*²⁴⁴.

Come nella trattazione processuale l’obbligatorietà dell’azione penale si “nasconde” (al pari della presunzione di innocenza) in attesa di “tempi migliori”, così “trova” viceversa il massimo fulgore nella sede di indagine, dove peraltro anche la legalità procedurale “torna” ad essere “spuria”, quindi molto “vicina” a quella sostanziale, proprio per il legame forte all’azione

²⁴³ Sostanzialmente si fondono l’immediatezza di trattazione e quella decisoria in un’unica figura “ibrida” finale, a geometria variabile, come evincibile dal portato di Cass., Sez. Un., sent. n. 41736 del 2019.

²⁴⁴ Già si è parlato dell’effettività della difesa in BORASI, *Prolegomeni a un diritto processuale penale dell’effettività. La “fame” di diritti*, Roma, 2016, 35. Esprime bene il ruolo “trainante” dell’effettività nella funzione pubblica giurisdizionale tutta, Corte EDU, Sez. I, 7 maggio 2020, Anahit Mkrtchyan vs Armenia. In tema di graduabilità dell’efficacia delle decisioni giurisdizionali amministrative in chiave di effettività, cfr. CGARS, sent. n. 994 del 2021.

“imposta” (oltre che alla presunzione di innocenza); ordunque, in sede di indagine le “discrezionalità” del pubblico ministero devono (*rectius* dovrebbero²⁴⁵) essere tendenzialmente “minime”, e la presunzione di legittimità delle attività maggiormente “vincolata” (si può qui vedere un parallelo alla fase processuale decisoria del giudice).

In questo momento è necessaria una chiosa “digressiva”, a grandi linee, per comprendere il sistema di legalità processuale dibattimentale (di primo grado), come delineato, a “specchio” rispetto ai profili “critici” della fase iniziale di indagine.

Mette quindi conto osservare che, l’iscrizione della *notitia criminis* è atto processuale, non amministrativo, *id est* con valenza giudiziaria *stricto sensu*²⁴⁶, espressione di un potere sostanzialmente vincolato dalla legge²⁴⁷ rispetto all’ipotesi di reato a cui riferimento (*id est*, dalla legge processuale “spuria” per quella sostanziale).

La complessità di tale operazione non può (più) però essere presa a spunto per, sull’onda di una “declamata” autonomia dell’ufficio di accusa, negare ogni “controllo collaborativo”, da parte del giudice per le indagini preliminari, sin dall’inizio del procedimento²⁴⁸. Il fabbisogno di stretta legalità procedurale in questa fase²⁴⁹ è fondamentale, proprio perché (tendenzialmente) segreta, quindi, *de iure condendo*, sarebbe utile introdurre, almeno per i procedimenti di competenza non monocratica, a prescindere dalla dinamica ordinamentale interna all’ufficio di accusa, una forma di controllo iniziale (magari “eventuale”) di “conformità” generale, ad opera del giudice per le indagini preliminari (magari “cedevole”, in ultima istanza, rispetto al vero e proprio potere del pubblico ministero *in puncto*), sia per le “nuove” iscrizioni (noti e non), sia per le “variazioni” delle stesse, purché funzionali ad indagini effettive da svolgere (*id est* non a richieste *de plano* di archiviazione), quindi in contraltare vedendosi utile un potenziamento del meccanismo delle iscrizioni ad atti relativi.

²⁴⁵ Evidenzia sul punto le forti criticità nelle indagini, PECORELLA, *Obbligatorietà dell’azione penale - parità delle parti: un binomio inconciliabile*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2020, 4.

²⁴⁶ In tema, si veda anche Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 21094 del 2004.

²⁴⁷ In tema, si veda anche Cass., Sez. Un., sent. n. 40538 del 2009.

²⁴⁸ Anche al di là dei meri profili legati all’iscrizione come toccati dalla riforma di cui alla legge delega n. 134 del 2021.

²⁴⁹ Non di “legalità opaca”, figura ben tratteggiata in TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *Arch. pen.*, 2021, § 1.

Tale “ordito” eliminerebbe ogni sospetto di “giochi di potere”, anche “cedevole” alle “fughe di notizie”, per i casi più “appetibili”, ristabilendo un equilibrio tra l’obbligatorietà dell’azione penale ed il giusto procedimento di indagine, senza intaccare l’autonomia e indipendenza dell’ufficio di accusa, e dei singoli magistrati che lo compongono²⁵⁰; la differenza di natura (*rectius* ontologica) con la trattazione processuale risulta ora evidente e coerente, come invece anche l’omogeneità alla fase decisoria *stricto sensu*, punto comune, allo stato, tra il pubblico ministero all’inizio delle indagini, e il giudice nel finale decisivo, è la “solitudine”²⁵¹.

Ritornando al tema principale, il ruolo della clausola generale delle nullità significa tutto il sistema, e le altre categorie di invalidità, che nascono proprio per assecondare tale principio generale²⁵².

Come vi è la presa di coscienza che non è possibile l’individuazione di un caso *ad hoc* di violazione C.E.D.U., invece da rimodulare caso per caso²⁵³, allo stesso modo anche le violazioni di legge interne specifiche devono essere lette alla luce comunque delle categorie generali di riferimento.

Il punto di legame ultimo, anche in questo campo, non è la legge *ex se*, quanto la propria concretizzazione, *id est* “invenzione”. La regolarità del procedimento, in fondo, è una “finzione necessaria”, mentre l’“errore” sul diritto processuale, spesse volte è un “male tollerato”.

Sul punto processuale, tratto riguarda l’invalidità relativa alla genuinità della prova²⁵⁴, quando la potenziale incidenza rileva in ordine alla prova del fatto processuale assurgendo a valenza differente. Potremmo distinguere tra invalidità, nelle varie declinazioni, “di diritto” e “di fatto”, dove solo la seconda potenzialmente in grado di snaturare la fase decisionale finale.

²⁵⁰ Per la giusta predominanza del controllo legale del giudice, cfr. DE CARO, VOLPE, *La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli*, in *Giust. ins.*, 2016, 84.

²⁵¹ Si chiosa la corretta interpretazione dell’indipendenza interna del pubblico ministero nelle indagini in BIGNAMI, *L’indipendenza interna del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 2018, § 4, ove traspare l’“affinità”, come natura giurisdizionale, tra le indagini preliminari e la fase decisoria processuale (utile il richiamo ivi di Corte cost. sent. n. 96 del 1975).

²⁵² Si è già disquisito della labilità del concetto di assolutezza delle invalidità in BORASI, *Le invalidità assolute spurie nel processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 126.

²⁵³ Cfr. APRATI, *L’effettività della tutela dei diritti dell’uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, 2016, 13.

²⁵⁴ Si pensi al fenomeno delle invalidità relative, già originariamente trattato in BORASI, *Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 384. Tale figura veniva poi richiamata in *id.*, *Colpevolezza, responsabilità, pena e attingibilità*, in *Riv. pen.*, 2017, 912, escludendo i profili patologici, e oggi precisata in tema di genuinità.

Ecco qui il sindacato di diritto si amplia sul fatto materiale della genuinità del risultato, distinto da quello giuridico *stricto sensu*.

Mentre per le altre invalidità il vaglio (a prescindere della motivazione) è relativo alla discrezionalità nell'amministrazione, qui la valutazione riguarderà anche il fatto genuinità. Il vero tema della sanabilità o meno delle violazioni di legge processuale sta proprio qui.

Non è solo un profilo di partecipazione, contraddittorio o completezza dell'attività, ma di ontologia del risultato.

Possiamo quindi distinguere sostanzialmente le invalidità effettive, tra quelle incidenti rispetto una stasi della procedura, quelle incidenti la genuinità delle prove, e quelli incidenti irragionevolmente diritti fondamentali dell'imputato nel difendersi anche provando; il resto delle violazioni formali, possono qualificarsi come irregolarità, e non dovrebbero comportare vizi, in quanto la forma non è mai *ex se*²⁵⁵ una condizione di validità dell'atto (salvo che non espressamente previsto)²⁵⁶.

Sgombrando il campo dalle prime (sotto forma di abnormità"), rispetto alle seconde rileva la "significatività", mentre per le terze la "completezza", peraltro essendo quest'ultima intimamente correlata. Eliminando l'attenzione anche dalla genuinità *ex se* delle prove bisogna focalizzare il tema completezza (di trattazione), strettamente radicata a quella investigativa, sia come livello "minimo" che "sostenibile", e correlate conseguenze.

È l'atto processuale che illumina gli interessi contrapposti rispetto alla propria esplicazione²⁵⁷, e dal momento che viene alla luce, oltre ad essere presunto legittimo, è anche tendenzialmente oggetto di conservazione per continuità ordinamentale (interpretazione e applicazione).

Ulteriormente, il ruolo conservativo trova particolare forza di fronte all'errore del proponente, ma non solo.

Il vero errore è partire dal concetto di "imperfezione"²⁵⁸, a scapito di quello di non conformità al modello/tipo, perfettamente in coerenza con la possibile "conversione", ed alla tendenziale atipicità di raggiungimento della tutela del

²⁵⁵ In tema si è già precisato in BORASI, *Condizione volontaria versus atto processuale penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 328.

²⁵⁶ Analizza, con un respiro di sistema, le implicazioni della distinzione tra "forma dell'atto" e "forma della prova", Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 16723 del 2020.

²⁵⁷ Cf. VERGINE, *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova, 2017, nota 1.

²⁵⁸ *Contra, ibi*, XIV.

bene giuridico processuale di riferimento incidentale (non si parla del vizio decisorio “finale”), con incidenza anche rispetto alla possibile derivazione.

Il mezzo della tutela giurisdizionale dei diritti non sono gli atti processuali in sé, quanto il vaglio che se ne dà; le norme legali formali, rispetto agli stessi, svolgono un ruolo organizzativo del diritto, da applicare attraverso l’esercizio di un potere sindacabile ben oltre la legge, ma non limitato dalla legge stessa²⁵⁹.

Gli atti (e comportamenti) processuali qualificano la situazione giuridica particolare²⁶⁰, ed i modelli non li devono ingabbiare, ma solo indirizzare con gradata vincolatività (*id est* può essere che la forma legislativa sia l’unica per arrivare ad una tutela minima di un diritto fondamentale non ulteriormente restringibile, e quindi senza equipollenti).

Il *vulnus* dell’argomento riguarda il potere giudiziario di amministrazione, che concerne il giudice, di radice agli atti di parte; non c’è un potere amministrativo da limitare²⁶¹ con delle forme processuali, ma solo diritti ed interessi da tutelare se meritevoli per l’ordinamento²⁶².

Troppo spesso due piani vanno a confondersi, quello della validità, e quello dell’efficacia di un atto; nel nostro ordinamento, un atto è presunto efficace sino a che non è dichiarato invalido²⁶³, salvi i casi di inesistenza, a prescindere dalla conformità o meno al modello legale di riferimento. Ciò non significa affermare una libertà delle forme, quanto invece un’atipicità concorrente (si pensino ad esempio la sanatoria o la prova atipica)²⁶⁴.

Parlare di effetti tipici dell’atto processuale²⁶⁵ non significa dire tipicità delle forme, neanche per arrivare a tali effetti; a maggiore ragione se si tiene a mente quanto detto nella scissione tra operazione amministrativa e atto già analizzata.

²⁵⁹ *Contra, ivi*, 11.

²⁶⁰ *Cfr. ibid.*

²⁶¹ Parla invece genericamente di potere ed atto, *ivi*, 12.

²⁶² Paradigmatica analisi del rapporto forme procedurali e tutela giurisdizionale dei diritti in DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”*. The final cut, in *Cons. ONLINE*, 2020.

²⁶³ Parla di “precarietà” degli effetti dell’atto processuale viziato da nullità, MANCINELLI, voce *Nullità degli atti processuali penali*, cit., 488.

²⁶⁴ Per una chiara distinzione tra sanatoria e conversione, VERGINE, *La conservazione dell’atto processuale penale*, cit., 19-20.

²⁶⁵ *Cfr. ivi*, 26.

Lo scopo dell'atto non è in "astratto" demandato al legislatore una volta per tutte²⁶⁶, in quanto viene prima dell'atto stesso, anche in concreto, essendo l'atto proposto solo come modello in potenza giusto ed utile per il risultato di tutela da esprimere, seppure con effetti procedurali istantanei e derivati.

In particolare, le forme degli atti di trattazione non possono essere considerate (non espresso dalla legge peraltro) essenziali; ma anche se lo fossero, tale essenzialità, seppure con più limiti, potrebbe essere "convertita" in concreto. Per quanto la sanatoria, a differenza della conversione *stricto sensu*, non è frutto di un momento "attuale" successivo, bensì di una presa di coscienza di un effetto meritevole *ab ovo*, seppure condizionato ad un comportamento altrui²⁶⁷.

Non si può quindi distinguere tra equipollenza e sanatoria avendo entrambe la stessa matrice²⁶⁸.

La non conformità al modello legale non realizza un vizio *stricto sensu*, ma solo una potenziale invalidità (salva inesistenza o abnormità) con effetti costitutivi, recessivi di fronte alla mancanza in concreto di un "pregiudizio effettivo"²⁶⁹, comunque diverso dalla "prova di resistenza"²⁷⁰.

Nell'"operazione amministrativa", prodromica alla gestione e vaglio dell'atto da parte del giudice, non si realizza un eccesso di potere, quanto un esercizio di potere. L'atto "non conforme" non è da sanzionare, quanto mai da valutare sotto il profilo onere-efficacia²⁷¹.

In altre parole, la parte produce un atto sindacabile *in primis* dal giudice di trattazione sulla base della forma-tutela (non per l'esercizio di un altro potere), e durante il sindacato, oltre che prima, mentre il giudice gestisce ed esercita l'amministrazione della giustizia rispetto a questo (oltre che ai comportamenti) tenendo presente l'interesse eventuale, sotto varie forme, dei controinteressati.

²⁶⁶ Sostanzialmente, *ibid.*

²⁶⁷ Le sanatorie operano di diritto, a differenza delle nullità costitutive, quindi senza effetti retroattivi, Cfr. MANCINELLI, voce *Nullità degli atti processuali penali*, cit., 491.

²⁶⁸ *Contra*, VERGINE, *La conservazione dell'atto processuale penale*, cit., 209.

²⁶⁹ Chiara presa di posizione a favore della teorica del "pregiudizio effettivo" nell'*holding* di Cass., Sez. Un., sent. n. 12778 del 2020.

²⁷⁰ Magistralmente richiamato da CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 13 e nota 16, ove sottilmente si distingue il valore sotteso dal mero danno.

²⁷¹ Richiama il rapporto onere-invalidità-norma di favore, *ivi*, 19.

Strettamente connesso è il principio dispositivo immanente anche l'ambito degli accertamenti processuali *stricto sensu*²⁷². Così ripensato il tutto, l'abuso di un diritto non è altro che un "non diritto" prima ancora che un'indagine sul pregiudizio e la mala fede; mentre il pregiudizio effettivo trova terreno di elezione per cercare di estendere la tutela in caso di lacuna e conseguente legame con i principi generali²⁷³.

Particolare riflessione deve riguardare eventuali profili di iniquità C.E.D.U. rispetto alle invalidità processuali "pure" interne; ebbene, se lette nell'ottica proposta, probabilmente vanno in sostanza a coincidere.

Questa visione porta ad una sicura responsabilizzazione delle parti (nel senso di proporzione, difesa e controdifesa) senza possibile sfruttamento della procedura e delle invalidità correlate, ma anche degli atti e del vaglio del giudice (nessuna scelta "paternalistica")²⁷⁴.

Variante del pregiudizio effettivo è il tema correlato dell'offensività del bene giuridico, anche in chiave sincretistica estensiva dell'invalidità²⁷⁵.

La ricostruzione "utile" è quella che vede la legalità come compatibilità dell'ordinamento e libertà rispetto al caso concreto (o compatibilità con lo stesso)²⁷⁶.

Importante è certamente il legame tra principio di legalità *ex art. 111 Cost.* e principio di azionabilità generale delle situazioni soggettive *ex art. 113 Cost.*²⁷⁷, da leggersi sempre in concreto.

La legalità diventa strumento di garanzia (concreta ed atipica) per il cittadino²⁷⁸ attraverso una discrezionalità che "assorbe" l'interpretazione²⁷⁹.

La procedura per sua natura deve essere espressione di frammentarietà, quasi come bisogno di sussidiarietà perfettamente coerente con i precisi degli artt. 101 e 111 Cost.; viene conseguentemente meno la strumentalità della procedura alla decisione²⁸⁰.

²⁷² Cfr. *ivi*, 25.

²⁷³ In tema cfr. *ivi*, 29, 32, che parla di ottiche: restrittiva; estensiva; sincretistica.

²⁷⁴ Per la *ratio* generale, cfr. *ivi*, 172.

²⁷⁵ Cfr. *ivi*, 174-179.

²⁷⁶ In tema, cfr. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 59-60.

²⁷⁷ In tema, cfr. *ivi*, nota 86.

²⁷⁸ Cfr. per la *ratio*, *ivi*, 63.

²⁷⁹ Splendidamente lega, come radice, la "discrezionalità", comunque, al "dovere", DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, cit., § 2.

²⁸⁰ Cfr. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 92-93.

L'art. 606 lett. c) c.p.p. testimonia l'unità di fondo della categoria invalidità (seppure polimorfa) rispetto alle situazioni soggettive di tutela nel processo penale²⁸¹; la volontà, come categoria, non inerisce direttamente il tema, se non come presupposto indiscusso.

L'amministrazione della giustizia poi deve essere considerata anche come "servizio pubblico" agli utenti, e come tale da intendersi tendenzialmente soddisfacente²⁸².

La "legalità di risultato" trova come archetipo di sistema l'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, il quale positivizza, seppure per il procedimento amministrativo (*rectius*, per i "momenti" vincolati dello stesso²⁸³), le *rationes* dei principi di proporzionalità e ragionevolezza delle invalidità²⁸⁴; rientra in questo ambito, seppure indirettamente, anche il tema della presa di posizione necessaria del giudice rispetto alle memorie "propositive" delle parti.

Allo stesso modo, per una legalità che potremmo definire di "partecipazione", il principio generale del c.d. "preavviso di rigetto" di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, che positivizza il previo contraddittorio sugli elementi ritenuti *prima facie* dal decidente ostativi alla richiesta, e/o dirimenti rispetto alla stessa (in un certo senso parallelamente a quello che accade per il diritto penale²⁸⁵).

Ulteriormente, per una legalità qualificabile come "permanente", il disposto di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 positivizza la *ratio* dell'"autotutela"²⁸⁶, cioè della rivisitazione (o convalida), magari sollecitata, di

²⁸¹ Cfr. *ivi*, 126-127.

²⁸² In tema, anche se sul versante del processo amministrativo, SORICELLI, *Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato*, cit., 12.

²⁸³ Tratteggia sapientemente il tema rispetto al richiamo normativo della "natura vincolata del provvedimento", PROFILI, *Vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo e discrezionalità tecnica: un connubio plausibile?*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2020; di potere vincolato in concreto tratta Cass., Sez. VI, sent. n. 8057 del 2021.

²⁸⁴ Per tale legame di principio, cfr. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, cit., 183.

²⁸⁵ Si veda sul punto il portato di Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich vs Italia*.

²⁸⁶ Pregevoli in tema per l'impostazione coerente con la visione del diritto qui proposta, i portati di Cons. St., ad. plen., sent. nn. 8-9 del 2017; per una ricostruzione di sistema dell'istituto amministrativo, OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in www.federalismi.it, 2020.

una precedente valutazione (nel nostro caso endoprocessuale, *id est* entro il termine della sentenza del grado, e salve preclusioni espresse)²⁸⁷.

Nello stesso senso, il dettato dell'art. 11 legge n. 241 del 1990 istituzionalizza gli accordi negoziali procedurali²⁸⁸ (da vedersi come “*split*” di quelli processuali)²⁸⁹.

Viene qui alla luce un altro principio processuale amministrativo “esportabile”, quello del “soccorso istruttorio” procedimentale (sotto forma di “doverosa” richiesta informativo-integrativa²⁹⁰), di cui al “combinato” degli artt. 83 comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016²⁹¹ e 6 comma 1 lett. b) legge n. 241 del 1990²⁹² (da vedersi come *ratio* di espressione generale di una leale collaborazione ragionevole)²⁹³. In linea con la *ratio* dell'istituto *de quo*, la tendenza giuridico-cooperativa, nei rapporti tra poteri, del monito “integrativo” *lato sensu*, *id est* della decisione *post* sollecitazione, secondo varie forme e declinazioni²⁹⁴.

Il riferimento continuo, diretto e indiretto, degli istituti amministrativistici predetti (ma a respiro generale per la radice comune delle branche speciali del diritto pubblico), all'interesse pubblico di base, può essere “clonato” nel momento di amministrazione della giustizia penale di trattazione.

²⁸⁷ In tema di obbligo di provvedere dell'amministrazione rispetto alle richieste di annullamento d'ufficio, si manifesta la soluzione come “ragionevolezza, correttezza e buona fede” in MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2017, 417.

²⁸⁸ Per una ricostruzione di sistema dell'istituto amministrativo, cfr. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

²⁸⁹ Parallelemente, di un profilo compensativo di “scambio” di utilità per la cura di interessi generali con tensione di equilibrio amministrativo-legale si tratta in MOCAVINI, *Il prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020.

²⁹⁰ Distingue ulteriormente tra “soccorso istruttorio” *stricto sensu* e “soccorso procedimentale”, Cons. St., Sez. III, sent. n. 1225 del 2021.

²⁹¹ La cui *ratio* si ricava da Corte giust. UE, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536-16.

²⁹² La cui *ratio* si ricava da Cons. St., ad. plen., sent. n. 9 del 2014.

²⁹³ In contraltare, richiede una collaborazione necessaria della parte eccipiente rispetto al potere officioso (residuale), Cass., Sez. Un., sent. n. 119 del 2005.

²⁹⁴ Si pensi tra le modalità quella portata da BVerfG, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15 del 5 maggio 2020, con nota di SAITTO, «Tanto peggio per i fatti». *Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso quantitative easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in www.diritticomparati.it, 2020. In evoluzione sul punto, si veda anche FRANCESCANGELI, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in www.diritticomparati.it, 2021.

Tutti questi istituti, riportabili ai comportamenti significativi di parte e/o del giudice di trattazione, presupporrebbero nel processo penale una presenza obbligatoria (anche “solo” in videoconferenza, quantomeno) dell’imputato al processo²⁹⁵, in quanto la legalità processuale “pura”, essendo doverosa di relazione, necessita di uno stimolo di parte per il suo “ribaltamento”, o meglio per il superamento nella valutazione attuativa della stessa²⁹⁶.

Il “processo” si contraddistingue dal fatto che la partecipazione non riguarda solo l’autore (parte o giudice) dell’atto, ma anche i “controinteressati” come *legitimi contradictores*²⁹⁷, pure per “autodifesa”²⁹⁸.

Ma mentre per il giudice vi è amministrazione prima dell’incidente, per le parti vi è solo espressione di volontà in arbitrio libero (seppure censurabile *ex post*), tanto che le nullità come forma di invalidità sono “sostanzialmente” riferibili all’attività del giudice (e del pubblico ministero), proprio per il legame all’amministrazione già citato, mentre le altre forme no²⁹⁹.

È invece sul terreno della legittimità delle norme che si gioca la *quidditas* del sistema nel complesso³⁰⁰; mentre la legalità è una delle forme di legittimità (in assonanza si può forse richiamare qui il bivio validità/efficacia), invece legata più ampiamente all’accettazione sociale proprio come visione sostanziale³⁰¹.

Allo stesso modo la distinzione tra atipico ed irrituale, dove il primo può trovare sicura non contraddizione rispetto al secondo se visto come legittimo in accettazione (una sorta di nuova forma del/per il rito); il tutto non è risolubile nel bivio *secundum/contra* o *praeter legem*, bensì in evoluzione allo stesso (secondo limiti primari).

²⁹⁵ Di rimeditazione rispetto alla presenza non obbligatoria dell’imputato al processo si è già parlato in BORASI, *Autoresponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, cit., 431; ritiene compatibile con l’art. 6 C.E.D.U. un sistema processuale penale che impone la presenza personale dell’imputato, Corte EDU, Sez. I, 23 luglio 2020, Chong Coronado vs Andorra.

²⁹⁶ Per tale *ratio* cfr. BORASI, COFRANCESCO, *Il principio di adeguamento marginale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., 14-17.

²⁹⁷ Cfr. per la *ratio*, FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1986, 827-828, 833.

²⁹⁸ Il tema della partecipazione, in fondo, è la naturale prosecuzione della soggezione (da contatto), fattispecie già trattata in BORASI, *Presunzione d’innocenza del sospettato*, in *Riv. pen.*, 2019, 103; per la *ratio* generale di contatto “informato” si veda il portato del *landmark* “universale” *Miranda vs Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

²⁹⁹ Delle particolari nullità (civilistiche) di protezione, ma a respiro generale, tratta DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettive*, in *Quest. giust.*, 2020.

³⁰⁰ Cfr. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, 1980, 686-687.

³⁰¹ Cfr. LOMBARDI, voce *Legalità e legittimità*, in *Nss. dig. it.*, 1963, 578-579.

La presunzione di legittimità, quasi da contraltare a quella di non colpevolezza, si supera non attraverso la prova come onere della non conformità ad un modello, bensì per la lesione concreta ad un diritto *lato sensu* prevalente fra gli altri³⁰²; questa attività non straripa rispetto al potere giudiziario, bensì la connota.

Bisogna sgombrare il campo dalla possibile sovrapposizione delle questioni incidentali di trattazione da quelle pregiudiziali, esclusivamente le ultime incidenti l'oggetto penale del processo direttamente ma dall'esterno, mentre le prime solo indirettamente ma dall'interno³⁰³.

Sicuramente rilevante è porre di nuovo l'attenzione rispetto alle attività processuali della parte e l'attività amministrativa del giudice, quest'ultima che può essere riferita ad un "impulso" di parte, *id est* vaglio o controllo dello stesso, o ad iniziativa, con possibile, per entrambe, "revisione successiva".

Peculiare tratto, anche rispetto alla legittimità *stricto sensu*, è l'accordo o negozio processuale (durante la trattazione) di parte rispetto al vaglio del giudice, ecco qui forse il momento di amministrazione lascia lo spazio ad un mero potere di controllo dell'interesse pubblico di macroscopica non conformità (legalità processuale formale).

Le attività di parte sono poi caratterizzate dall'autonomia privata ed eventuale inefficacia/invalidità ritenute dal giudice, mentre per l'attività di quest'ultimo non vige tale autonomia³⁰⁴, bensì discrezionalità solo sindacabile *ex post* e non per inefficacia *stricto sensu*, ma solo per invalidità/riforma.

Gli atti giuridici processuali, se espressione di un potere, hanno valenza "normativa" in quanto statuiscono i propri effetti³⁰⁵.

Diversa dalla validità dell'atto processuale è la legittimazione al rapporto alla propria base³⁰⁶.

Ma questo legame tra i momenti di trattazione e decisione non si lega con la classica nozione di procedimento, e parallela derivazione della nullità³⁰⁷, se la

³⁰² Di qui la differente esigibilità di apporto processuale *in puncto* da parte dell'eccepiente, come già "sfiorato", in senso critico rispetto al *dictum* di Cass., Sez. Un., sent. n. 58120 del 2017, in BORASI, *La legalità processuale penale "pura" è "naturalmente" fuzzy*, cit., nota 11.

³⁰³ Per una distinzione di massima, cfr. FURFARO, *I procedimenti nel processo penale (concetti - collegamenti - classificazioni)*, Pisa, 2018, 10-11.

³⁰⁴ Distingue tra atti processuali privati e pubblici, oltre che tra atti giudiziari e amministrativi nella giurisdizione (del giudice o del pubblico ministero), DONDINA, voce *Atti processuali (civili e penali)*, in *Nss. dig. it.*, 1958, 1521.

³⁰⁵ Cfr. LOZZI, voce *Atti processuali (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1995, 1995.

³⁰⁶ Cfr. GALATI, voce *Atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, 366.

concatenazione degli atti espressione o presupposto di singoli incidenti (più o meno formalizzati) non si relaziona alla nozione di operazione amministrativa nella trattazione che ne sta alla base.

A testimonianza dello smarcamento tra la fase di trattazione e quella di decisione è la disciplina dell'art. 507 c.p.p., che "facoltizza" il giudice (in concreto) al vaglio preliminare del materiale, poi utilizzabile alla fine del giudizio, ma solo (tendenzialmente viste ipotesi preponderanti di economia processuale) al termine della trattazione; peraltro tale "riserva" può riguardare anche l'oggetto procedurale *stricto sensu*.

Ogni volta che un comportamento o un atto nella trattazione processuale si manifesta, a prescindere che sia istituzionalizzato un incidente formale, si realizza un microcosmo di interessenze tra le parti e il giudice, che può essere comunque qualificato come incidente, quantomeno di vaglio di "esistenza".

La trattazione è insita nelle fasi processuali prima della chiusura delle stesse per la decisione legale.

Gli atti del giudice "parziali" rispetto agli incidenti di trattazione hanno natura di "amministrazione giurisdizionale" a gradazione differente rispetto alle "due facce della stessa medaglia", come testimonia anche il diverso regime di impugnabilità (differito ed accessorio per quelle a prevalente natura di amministrazione, ed "istantaneo" invece per quelle a prevalente natura giurisdizionale), ma entrambe lontane dal definirsi come giurisdizionali *stricto sensu*.

Quando si parla di natura di amministrazione di base, nell'interessenza incidentale prima richiamata, ove coesistono diritti, interessi e principi, questi ultimi rilevano in duplice veste, procedimentale e non.

Fondamentale, viceversa, è una riflessione rispetto alle situazioni pretensive delle parti di fronte al giudice, oltre che solo fra le stesse nella commistione diritti (doveri), interessi e principi, sia sostanziali che procedurali; ebbene, il portato amministrativista di Cons. St., Sez. II, sent. 2161 del 2020, spiega la dignità di tutela piena e diretta dell'interesse pretensivo procedurale del richiedente a prescindere dalla situazione sostanziale alla base come già valutata e tutelata, come due piani da vedersi stralciati comunque vista la natura senza duplicazioni (*bis in idem*) di copertura.

³⁰⁷ Di invalidità derivata si è già parlato in BORASI, Exclusionary rule, *invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquisente ed intercettazioni*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 628.

Le regole procedurali di trattazione devono essere analizzate in parallelo alla *lex specialis* in materia di appalto, in conformità al portato *rationale* di Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 2720 del 2018, secondo il quale lo sconfinamento del giudice nella valutazione delle scelte di parte sovviene solo se riguarda la convenienza e opportunità dell'atto/comportamento e non invece la legittimità, ove quest'ultima si intende anche come vaglio del fine della norma/regola alla base dell'atto "sindacato".

In altre parole, al giudice penale di trattazione non è consentito nella valutazione degli atti, comportamenti e inerzie di parte, e conseguenti atti di esercizio del potere officioso³⁰⁸, un'attività di "sostituzione" (salvo quando restrittivamente consentito), ma solo di "indirizzo". Si osservi poi come in tale vaglio l'ottica riguardi essenzialmente gli atti della pubblica accusa, mentre le scelte della parte accusata con valenza limitata più alla sola efficacia che alla validità *stricto sensu*³⁰⁹.

Il mancato esercizio di un potere officioso in punto di invalidità non è censurabile in sé in quanto errore di procedura, e vista anche la "certa" stabilità del giudicato, mentre può essere sindacato solo il risultato della questione di diritto coinvolta. Il tema è, se esiste una presunzione di legittimità degli atti, e la questione deve essere risolta dall'interno, il potere officioso *ex se* è "merito di diritto", almeno se non incidente su altri aspetti indiretti di fondatezza dell'eccezione.

Con il merito (amministrativo) il giudice penale di trattazione, da ultimo³¹⁰, cura l'interesse pubblico concreto attraverso il processo, in continuità alla *voluntas legis*, modellandola³¹¹; in tale operazione non si seguono regole giuridiche *stricto sensu*³¹², bensì principi, rendendosi naturalmente "critica" la *quaestio* di prevedibilità³¹³.

³⁰⁸ Riguardo al dovere di intervento del giudice, questo dovrebbe essere limitato alle violazioni astrattamente insanabili, cfr. MANCINELLI, voce *Nullità degli atti processuali penali*, cit., 490.

³⁰⁹ Ricorda come invece siano fondamentalmente le inammissibilità a riferirsi agli atti di parte privata, *ivi*, 489.

³¹⁰ Nel senso di ambito limitato all'interno della sfera di discrezionalità del potere di amministrazione della giustizia, tra il diritto e l'equità razionale.

³¹¹ In generale, per l'ampio potere amministrativo nel merito, cfr. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di A. Papardo*, Milano, 1975, 213 ss.

³¹² In tema generale, cfr. CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1998, 410.

³¹³ Per fare un semplice parallelo, si pensi ai poteri esercitati dagli arbitri di calcio, da un lato, durante il *match* vi sono scelte di gestione di gara quasi istantanee, come tali insindacabili *ex post* (salvo errore

Proprio dalle variabili prima osservate risulta ora più semplice occuparsi della prevedibilità degli eventi procedurali in senso lato.

7. *Prevedibilità di risultati.* Il tema della prevedibilità trova nel dovere di certezza il riferimento alla giurisprudenza sostanziale costante, seppure la norma di reato è strettamente interdipendente alla realtà sociale in evoluzione, mentre per le questioni processuali rileva il dovere di tutela ragionevole delle interessenze processuali³¹⁴.

Il processo (penale) è fondamentalmente uno studio dell'uomo, oltre che dei fatti³¹⁵.

La continua lettura di tensioni tra legalità processuale e *law in action*, oppure tra nuove leggi processuali e giusto processo costituzionale, non è altro che la conseguenza di una visione "ideologica" del sistema di diritto, che "tira la giacchetta" a questa o quella pronuncia delle magistrature supreme per legittimare, nello spirito "definitivamente", la primazia di una tesi "precostituita", *id est* non "costituenda".

La verità è che il diritto (nelle società democratiche) non è vero o falso, giusto od ingiusto, equo o non equo, in sé, bensì come applicato per il caso concreto, così come anche la legge, ma forse pure le *Grundnormen*; la differenza la fanno i diritti, principi, interessi e comportamenti fondamentali, nella dimensione di tutela che agli uomini "serve".

Nella scelta di frammentarietà non cade mai la tutela dei diritti processuali "necessari", quanto la regolazione per la tutela degli stessi; ciò porta a differenziare la frammentarietà sostanziale, che tocca invece sfere di tutela dei beni giuridici pubblici o comunque per la collettività rilevanti³¹⁶.

Nella trattazione di procedura non sempre al comportamento segue la richiesta di un atto subitaneo al giudice, neppure dai potenziali controinteressati; l'incidente si può chiudere anche con una sostanziale presa d'atto di un comportamento attivo od omissivo.

tecnico), dall'altro vi sono sanzioni disciplinari (ri)proposte nel verbale di gara finale, come tali sempre ad oggetto di vaglio esterno.

³¹⁴ Per una visione "rovesciata", cfr. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 647.

³¹⁵ Cfr. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 288.

³¹⁶ In tema, lo storico *holding* di Corte cost. sent. n. 1 del 1956.

Nella fase di valutazione sulla responsabilità finale, poi, non è preclusa una rivisitazione della presa d'atto dei singoli incidenti, con eventuale regressione e ripetizione se ancora possibili.

Durante la trattazione non è fattibile un vaglio di completezza, neppure parziale, al netto dell'eventuale art. 507 c.p.p., comunque all'esito della stessa (salva diversa soluzione razionale), ciò "limita" il *b.a.r.d.* e l'*in dubio pro reo*.

Nel diritto amministrativo l'interesse pubblico concreto è la sintesi del provvedimento finale, mentre nella sentenza penale non vi è alcuna "somma" del tipo, ma un mero "tentativo" di allocazione di responsabilità; i vari interessi pubblici sono rilevanti solo per la trattazione.

Nella diafasi tra i due momenti, seppure in continuità, si gioca la difficile prevedibilità complessiva del risultato concreto³¹⁷; la trattazione punta a scelte di diritto (fatto giuridico processuale), anche se per ricostruire (*collage*) un fatto materiale, poi da vagliare con regole *ad hoc* per la fase.

Non vi è un collegamento biunivoco tra legittimità della procedura e prevedibilità della decisione; anche su di un piano differente da quello legalistico.

La risposta la dà la stessa presunzione di legittimità, che ovviamente snatura ogni velleità *in puncto*.

In altre parole, la legge e gli atti pensati come "modello" legittimo, non permettono una visione quale algoritmo della "soluzione" finale.

Non è "solo" una questione di interpretazione, ma di adeguamento/applicazione, *id est* qualcosa di concretamente "superiore" che non l'attuazione.

In tema di prevedibilità, l'"obiezione" di partenza è che, la forma risulta prevedibile per la difesa, e quindi garantisce i diritti dell'accusato, mentre la sostanza, essendo discrezionale (o abbastanza), no, riguardando mere aspettative³¹⁸.

Questa impostazione traspare la distinzione tra prevedibilità sostanziale "speciale" e processuale "generale" (sulla falsariga del "garantismo"), dove la prima riguarda la responsabilità "finale", mentre la seconda la tutela "incidentale".

³¹⁷ A supporto *rationale*, il c.d. "principio di indeterminatezza" di Heisenberg, per il quale, sostanzialmente, non si può analizzare un sistema, "caotico" di suo, senza modificarlo; per un approfondimento della teorica *de qua*, cfr. BOFFI, *Il principio di indeterminatezza*, Pavia, 1990.

³¹⁸ Cfr. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., 336.

L'unico elemento che lega la prevedibilità processuale a quella sostanziale è la legittimità della procedura, quale forma di legalità concreta.

La prevedibilità sostanziale si lega al fatto commesso (o da commettere) ed al fatto giuridico sostanziale imputato (nella dinamicità)³¹⁹.

La prevedibilità processuale si lega, da un lato ai singoli incidenti, e dall'altro al rapporto tra gli stessi, ma non alle responsabilità.

L'unica prevedibilità processuale meritevole di tutela per l'ordinamento è la miglior tutela possibile dei diritti, in particolare dell'accusato, nel caso concreto, secondo una procedura astrattamente legittima³²⁰.

Non può ritenersi meritevole di tutela per l'ordinamento una prevedibilità che debba arrivare a conoscere preventivamente il risultato di un incidente di trattazione, e maggiormente il legame tra i risultati dei singoli incidenti, o l'influsso degli stessi sulla decisione finale di responsabilità³²¹.

Quella dell'amministrazione della giustizia è un'obbligazione di mezzi, per sua natura "imprevedibile" nel risultato, e solo controllabile nell'affidabilità procedurale³²².

Le stesse considerazioni debbono valere anche rispetto alla lettura originalista della legalità processuale, anzi recessiva per troppa staticità rispetto al tema della tutela effettiva dei diritti (le garanzie senza tutela effettiva dei diritti sottesi sono "non garanzie", e quindi come tali, non meritevoli di tutela rispetto ad altri diritti, interessi e principi).

Profilo parallelo è quello dell'accessibilità alla garanzia, permessa proprio dalla legge processuale, ma come uno *stargate* verso una dimensione ben più ampia.

Del resto ritenere tollerabili limitazioni di garanzie legali astratte, come nel periodo emergenziale del coronavirus, significa, da un lato valutare le stesse come bilanciabili, e dall'altro considerare le stesse quali non "indisponibili" per una "verità" processuale e sostanziale prevedibile.

³¹⁹ Vede il capo di imputazione come punto di equilibrio sostanziale e processuale, GIUNTA, *La forma dell'imputazione e la sostanza del processo*, in *www.discrimen.it*, 2020, 6.

³²⁰ Interessante proposta istitutiva di un (eccezionale) *recorso de amparo* in MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, 16.

³²¹ Ricorda il tema sostanzialista sovranazionale dell'"essenza dell'infrazione", BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 2020, 180.

³²² In tema di obblighi di protezione si veda BORASI, *Prolegomeni a un diritto processuale penale dell'effettività. La "fame" di diritti*, cit., 56.

In realtà parlare di verità processuale (ma anche, seppure diversamente, sostanziale) sconta un errore prospettico, vale a dire quello di un’“inferenza legale” ad un risultato prevedibile ed ottenibile secondo una procedura assolutamente vincolata³²³.

Al giudice di trattazione si può imporre di seguire una procedura legittima, nei singoli incidenti, e nel complesso derivato, ma non si può chiedere di ottenere (finalisticamente) una o più verità “certificate” per giunta prevedibili³²⁴, anche presupponendo nello stesso un esercizio di poteri in grado di “sterilizzare” il fattore imponderabile³²⁵, legato ai comportamenti concreti di tutti i soggetti interagenti a vario titolo nell’agone del rito *in action*.

La prevedibilità di un’applicazione da “catena di montaggio” delle disposizioni processuali di trattazione è una “non prevedibilità”, perché statisticamente irragionevole nel più dei casi concreti.

Solo considerando ciò si può fondamentalmente censurare il tentativo di inserimento di disposizioni emergenziali come diritto vivente dell’ordinarietà. È solo il diritto vivente “vero” il settore, anche processuale, di prevedibilità esigibile, soprattutto se *in malam partem* verso l’accusato; anche se tale vaglio spetta al momento successivo sostanziale, ed in parte processuale, della decisione finale, in cui vi è anche un momento di rivisitazione e *collage* delle scelte processuali precedenti con possibili regressioni o ripristino (stessa cosa in sede di impugnazione).

Se spostiamo l’attenzione dall’amministrazione della giustizia di trattazione agli atti di parte, le cose non cambiano, anzi si “aggravano”, in quanto neppure rispetto a questi è “tollerabile” un “ingabbiamento” che li possa portare a ritenere scontati (questo vale, seppure diversamente, anche per la sentenza del giudice).

Attenzione però, non si tratta di un’apologia della consuetudine (o desuetudine) processuale, bensì della sostanza nelle dimensioni di tutela dei diritti, anche e soprattutto fondamentali³²⁶.

³²³ Per una fondamentale lettura “relativistica” del processo penale, cfr. UBERTIS, *Prova, verità e processo*, in *Arch. pen.*, 2020.

³²⁴ *Contra* sostanzialmente, FORTI, *Il giurista e il «compito eterno della muraglia»*. Ricordo di Michele Taruffo, in *www.discrimen.it*, 2021, 1.

³²⁵ Parla della giustizia come “ideale irrazionale”, CUCINOTTA, *Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2021, § 4.2.

³²⁶ Di “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali tratta CASTELLI, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Riv. AIC*, 2021, *passim*.

La nozione di prevedibilità “sostanziale” è certamente più legata all’efficacia dei comportamenti che non alla validità degli atti (di trattazione)³²⁷.

Solo perché gli interessi sottesi all’incidente processuale sono dati “metagiuridici” si “giustifica” il fatto che la norma richiede un processo per la trattazione³²⁸.

L’idea per la quale la funzione delle norme previste dal legislatore sia di condizionare gli interessi “man mano”, sanzionando ogni violazione di tale percorso prestabilito (e quindi prevedibile/verificabile), anche per violazione di mera irregolarità, è ormai desueta³²⁹.

Prestabilire rigidamente, come un “telecomando”, l’evolversi processuale, non significa attribuire “continuità” al processo, bensì “inutilità”; la forma, anche pensata in senso stretto, non riguarda l’efficienza o legittimità della “condotta”, ma “solo” la propria validità “*sub conditione*”.

Escludendo che la “fase” di amministrazione della giustizia (di trattazione) riguardi il tema della “responsabilità” sostanziale non significa negare l’invece sicuro influsso del tema “autoresponsabilità” processuale, nelle plurime declinazioni³³⁰.

Anche la stessa presunzione di legittimità procedurale, strettamente connessa alla ragionevolezza di amministrativa memoria, è da ritenersi neutra rispetto ad una prevedibilità di fronte all’applicazione delle norme e degli effetti degli atti di trattazione.

Certo, la presenza dell’accusato, e la propria autodifesa attiva, può rendere “più probabile” l’influsso della completezza difensiva sul risultato finale, ma ciò a prescindere dal percorso fattuale di partenza (innocenza o colpevolezza che sia).

Lo stesso principio *iura novit curia* (processuale), sottintende un’indeterminatezza dell’operazione amministrativa, al lordo del vaglio finale

³²⁷ A supporto, la *ratio* della concezione gradualistica dell’ordinamento, espansiva di un’indeterminatezza congenita, come dottamente trattata da MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, cit., 690-693.

³²⁸ Per la *ratio*, cfr. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 827.

³²⁹ Per tale *ratio* oggetto di rivisitazione, cfr. GALATI, voce *Atti processuali penali*, cit., 367.

³³⁰ Di autoresponsabilità e corollari si è già disquisito in BORASI, *Autoresponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, cit., 422.

anche critica; fondamentale la distinzione tra *error in procedendo* e *iura novit curia* processuale, anche se in fondo “due facce della stessa medaglia”³³¹.

Per il processo vale sostanzialmente la regola frammentaria per la quale ciò che non è vietato dalla legge (o dai principi, c.d. compatibilità) è “libero”³³².

Neanche il principio di uguaglianza, peraltro corollario della ragionevolezza in fondo, può negare meritevolezza all’“adeguamento marginale” già analizzato; anche vista la frammentarietà non volta a stabilire la giuridicità o meno, ma solo l’indirizzo o meno di un potere tutto “da scoprire” in concreto³³³.

Il tema della prevedibilità processuale come patrimonio di accessibilità orientativa alla migliore “strategia” (come migliore dimensione di tutela dei diritti in concreto) non ha sempre una meritevolezza per l’ordinamento, ciò per le “naturali” implicazioni *ex post* di quest’ultima³³⁴.

Il vincolo poi della legalità dell’atto rischia, se letto in senso di rigidità, di limitare anche la prevedibilità della legittimità, in quanto ingessata all’invalidità, proprio così come nel diritto amministrativo all’annullamento dell’atto rispetto al rapporto.

All’interno poi dell’amministrazione della giustizia di trattazione esiste un “nucleo minimo” in cui la scelta di mera opportunità del giudice rappresenta un “merito processuale” insindacabile, ma essenziale per la tenuta del sistema, che seppure può sembrare strano, si espande indistintamente di fronte ad una legalità processuale in senso formale, e si restringe di fronte ad una legalità di indirizzo processuale.

Funditus, la legge processuale penale “sostanzialmente” regola, più o meno specificatamente, l’indirizzo “politico” nella tutela del bene giuridico di riferimento della norma (potere di indirizzo), che si esplica, in concreto,

³³¹ Tra gli errori di procedura si possono ipotizzare quelli di sussunzione mera, rientranti in senso stretto nello *iura novit curia*, e quelli di valutazione/valore del fatto processuale, entrambi censurabili solo per violazione di legge.

³³² Chiarisce tale concezione rispetto a quella vincolata finale, IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 59-60.

³³³ Rilegge (nella giurisprudenza della Consulta) il comma 2 dell’art. 3 Cost. nel senso di vedere la comunità non come mera *societas* di insieme di diritti bensì come *universitas* di scopo degli stessi in equilibrio, FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessant’anni della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2016, 20.

³³⁴ Per le implicazioni relative alla successione delle norme in applicazione nel tempo, cfr. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 75-81.

attraverso l'applicazione di una dimensione di tutela dei diritti in particolare (potere di garanzia)³³⁵; è un *quid pluris* che non la mera interpretazione.

Il merito penale processuale è la sensazione (non cognitiva) ultima che attraversa il giudice nella scelta applicativa solo legata all'opportunità (o quantomeno in via prevalente) rispetto ai canoni giuridici "classici"; questa certamente da distinguere dal libero convincimento di natura giuridica piena, come anche dall'atto "politico" *stricto sensu*.

Il vero sindacato diffuso, vitale per il sistema penale, non è oggi tanto quello normativo (anche in disapplicazione)³³⁶, bensì quello della dimensione di tutela dei diritti in complessione³³⁷, e la testimonianza della bontà di ciò si ricava nella *querelle* dei controlimiti³³⁸, "finzione" di una diversa visione di tutela dei diritti³³⁹. *Funditus*, il controlimite interno di sistema deve sempre essere letto in concreto, e come tale non può mai avere come fonte un sostanziale abuso di diritto (o principio), pure se primario; la Costituzione è naturale terreno di elezione primario nell'attribuzione di diritti, non certo per la negazione.

L'equa trattazione è proprio quella che attraverso la ragionevolezza riduce al minimo il rischio di arbitrio del merito processuale insindacabile (in "negativo" potremmo parlare di quelle scelte escluse dagli artt. 606 e 124 c.p.p.).

Si è insomma a sfavore di una logica processuale "dogmatica"³⁴⁰, per assecondare invece un metodo "topico"³⁴¹.

In fondo l'atto umano è tra gli eventi il più arbitrario ed imprevedibile come "causa"³⁴².

³³⁵ Disquisisce in generale di tali poteri, FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 5.

³³⁶ Si è già parlato del sindacato diffuso "eventualmente spurio" attraverso la figura del *Drittwirkung* in BORASI, *Drittwirkung e sistema penale*, in *Riv. pen.*, 2011, § 2.4.2.; per la teorica classica invece si richiama il *leading case* "universale" di portata *rationale* *Marbury vs Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³³⁷ Si pensi al tema "migrazione" richiamato in BORASI, *Due diligence processuale come "mosca cocchiera" nella relatività penale (afflato dell'intelligenza artificiale)*, cit., nota 29.

³³⁸ In tema, cfr. BORASI, *Autoresponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, cit., 426-427.

³³⁹ Richiama sistematicamente, in ordine al trattamento dei diritti fondamentali, la teoria delle sfere, BVerfG, 1 BvR 2378/98 del 3 marzo 2004.

³⁴⁰ Cfr. per la categoria, PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, 1964.

³⁴¹ Cfr. per la categoria, GAVAZZI, voce *Topica giuridica*, in *Nss. dig. it.*, 1973, 409 ss.

³⁴² Richiama tale tesi, CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, 1967, 940.

La vera certezza non è la prevedibilità come dover essere, ma la ragionevolezza dell'essere.

La vera prevedibilità concerne la condotta fattuale *ex ante*, non la rappresentazione umana della stessa nel “teatro” processuale *ex post* (concetto forte, ma tanto è); la ragionevole completezza (prima investigativa e poi dibattimentale³⁴³) può essere una “terapia”, ma non il “vaccino”.

Prevedibilità processuale come non cambiare, da parte dello Stato, le regole del “gioco” in corsa³⁴⁴.

Per le regole processuali prevedibilità non può voler dire involuzione (diverso per i reati o per le norme processuali “spurie”).

La certezza processuale non è “solo” una questione di pubblicità, come la prevedibilità processuale non è “solo” una questione di *favor rei* o di statistica.

L'equivoco è rappresentato dal ritenere che la prevedibilità astratta, e nel tempo, dell'interazione tra condotte e decisione, anche nella fase di *law enforcement*, come applicazione della legge, sia sovrapponibile alla “prevedibilità concreta” degli avvenimenti procedurali “unici” in quanto “umani”³⁴⁵.

Pensare che una volta trovata la chiave della certezza applicativa, partendo ed arrivando alla norma, per il tramite del fatto materiale di reato, basti per l'epifania del “fattore imponderabile” (oltre che all'applicazione processuale in amministrazione come prima), è miope (non sono tollerabili delle “finzioni” di fatti noti).

Non esiste solo l'arbitrio del cittadino, ma rilevano anche le scelte delle parti e la discrezionalità in amministrazione del giudice³⁴⁶.

Non esiste un errore “rilevante” per l'ordinamento rispetto al fattore (umano) imponderabile, che incida sul materiale utile alla decisione finale, come tale

³⁴³ Evidenzia il legame dei principi di completezza delle indagini preliminari e di obbligatorietà dell'azione penale con l'esito del giudizio, MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, 206-208.

³⁴⁴ Cfr. SOTIS, *“Ragionevoli prevedibilità” e giurisprudenza della Corte edu*, in *Quest. giust.*, 2018, 76, in tema di prescrizione.

³⁴⁵ Cfr. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 3.

³⁴⁶ Parla lucidamente dell'ipotesi impossibile del giudice infallibile, ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, 5.

“scombinata” dall’astratto (si pensi solo alle aspettative di prevedibilità delle vittime).

Non è solo una *quaestio* di imprecisione della norma, ma anche della ricostruzione del fatto a prescindere dall’incolpazione latente.

L’ottica per la quale la prevedibilità si debba rifare previamente al soggetto che compie una condotta effettiva, poi attenzionata, fa perdere di vista la tensione di chi, da effettivo innocente, voglia capire se possa non “cavarsela”³⁴⁷; comunque non si può fare affidamento ad un “imprevisto”, ma solo alla ragionevolezza delle regole del “gioco”, come in una sorta di affidamento dinamico³⁴⁸.

Occorrono però alcune precisazioni, bisogna partire dai dati di riferimento per capire in modo relazionale la *vexata quaestio*. Elemento significativo è il tempo come *dies a quo* dell’idealtipo; se posto al momento, o prima, della realizzazione della condotta materiale, certamente risulta poco concreto l’affidamento per il tempo delle variabili nel mentre possibili (diverso il profilo in astratto di sussunzione). Se posto alla chiusura delle indagini preliminari può avere una diversa “dignità” a seconda del tipo di indagine esperita, anche per (in)completezza, dove le variabili scendono, ma sono comunque preponderanti³⁴⁹. Man mano che ci si avvicina alla chiusura dell’istruttoria tale prevedibilità processuale si “schiaccia” sempre più a quella sussuntivo-sostanziale, con meritevolezza di tutela maggiore, ma non “assoluta”, oltre che per la variabile umana, anche per la naturale inesattezza del diritto, soprattutto *in action*.

Ebbene tale quadro “desolante” può “migliorare” solo avendo come cometa di riferimento, anche di “controllo”, lo *stare dictis* (processuale e sostanziale), prima e assieme alla legge³⁵⁰.

Volendo ulteriormente specificare, di meritevolezza di tutela per la prevedibilità (processuale e sostanziale), seppure di fronte alla presunzione di

³⁴⁷ Parla limpidamente di misura soggettiva della prevedibilità, *ivi*, 11.

³⁴⁸ Parla di “ragionevoli prevedibilità”, SOTIS, “*Ragionevoli prevedibilità e giurisprudenza della Corte edu*, cit., 73-76.

³⁴⁹ E qui potrebbero sorgere problemi con il nuovo filtro come proposto dalla legge delega n. 134 del 2021.

³⁵⁰ Il tema interpretativo delle disposizioni di legge, per poi arrivare alle norme nel tempo, non è analizzato in codesta ricerca, in quanto rispetto ad esso ci si riporta meramente a BORASI, *L’overruling della norma processuale penale nello stare dictis vivente*, cit., § I.2., ma non si “dimentica” comunque l’incidenza significativa *in puncto* per una (im)prevedibilità acuita.

innocenza “immanente”, si può parlare solo nei confronti dell’innocente effettivo, e non del colpevole “presunto” tale, e ciò lo si può capire solo *ex post*; non si nasconde la difficoltà di tale asserzione visto il *b.a.r.d.* e l’*in dubio pro reo*, ma come principio è una considerazione utile.

In altre parole, per l’assolto (anche “atecnicamente” con c.d. “formula dubitativa”) è da considerarsi, *ex post*, sicuramente una meritevolezza *ab ovo* al risultato “favorevole” (solo poi) ottenuto, ma (comunque) la durata del processo fa la differenza, come anche l’accolto “iniziale” (salve le ipotesi di rimborso solo “finale”; da ultimo, in “parzialità”, *ex art. 1 comma 1015 legge n. 178 del 2020*³⁵¹) delle spese legali (per il soggetto non rientrante nel beneficio del Patrocinio a spese dello Stato), mentre per il colpevole certamente no, come già nei fatti. Per il prosciolto non assolto tale meritevolezza viene a “scemare”, e qui si innesta il tema della prescrizione, *et similia* di non punibilità procedurale. La domanda “vera” è se può ritenersi ragionevole tutelare una posizione di prevedibilità/affidamento in una disciplina di rito rispetto al risultato finale (più o meno materiale), anche favorevole, non nel merito. La risposta deve essere, “*it depends*”, in quanto occorre una mediazione in concreto che trovi nel buon senso e nella ragionevolezza la soluzione, non nelle categorie astratte, quali la classificazione tratlizia per dogmi, o idealtipi, anche “mascherandoli” come controlimiti supremi.

L’idea di dialogo tra le Corti come soluzione giuridica è da ritenersi recessiva, al più ancora utile come buona pratica (al pari della *translatio iudicij*³⁵²), dovendosi, invece, comprendere la più profonda circolarità³⁵³ ed “universalità” tendenziale del diritto processuale, espressione di un’unità permanente della giurisdizione dei diritti fondamentali³⁵⁴.

La prevedibilità del danneggiato (sia se persona offesa non costituita, che parte civile) si complica ulteriormente, in quanto sconta, non solo il punto di

³⁵¹ Sul punto, in approfondimento si rimanda meramente a BORASI, *Il “noumeno” dell’art. 1 comma 1015 legge n. 178 del 2020*, in *Riv. pen.*, 2021.

³⁵² Sul punto si ricorda Corte cost. sent. n. 77 del 2007.

³⁵³ Nell’ottica circolare, e di pensiero collettivo, del diritto processuale, ogni attore del processo ha anche momenti valutativi da “subire”; in tema la *ratio* illuminante postulata da FOSCHINI, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, 1960. A supporto del tema, la citazione espressa nel caso Corte cost. sent. n. 32 del 2020, § 4.2.4., della giurisprudenza di altri ordinamenti statali.

³⁵⁴ Per l’analisi della teorica della *cross-fertilization* “universalista”, cfr. BARELLA, *Same sex marriage nell’interpretazione delle Corti supreme americane*, in *Comp. dir. civ.*, 2017.

vista della responsabilità dell'accusato, ma anche della meritevolezza inferenziale del danno comunque da provare nella materialità.

Rispetto alla visione *pro futuro* di una necessaria presenza personale dell'imputato al processo penale, parallelamente, nell'ottica di una responsabilizzazione della persona offesa, *de iure condendo*, si potrebbe vedere un'obbligatorietà della presenza anche della stessa, se querelante nei reati procedibili a querela di parte, e/o costituita parte civile; e ciò proprio a supporto dell'immanente, seppure in alcune situazioni "latente", presunzione di innocenza anche nella procedura di trattazione.

Praesertim, il primo "momento pratico" di un "percorso (ri)educativo"³⁵⁵, (anche) in "sintonia" con la *ratio* dell'art. 27 comma 3 Cost. riguardo alla pena³⁵⁶, e senza che con ciò si possa far "passare" il concetto che già la procedura la debba essere, seppure indirettamente³⁵⁷, è il processo penale dibattimentale, da vedersi come luogo di "incontro" (anche se "a volte ingiusto"³⁵⁸) più che di "scontro"³⁵⁹.

In particolare, per una giurisdizione penale piena, nel senso di dedicata, sia dal lato processuale che sostanziale, l'espunzione di pretese ancillari all'oggetto primario del processo (*de iure condendo* la parte civile) porterebbe ad una teleologia degli sforzi "unitaria", sempre che correlata ad un "corrispondente" potenziamento dei poteri della persona offesa *in action* (soprattutto se querelante nei reati procedibili non d'ufficio). Anche l'amministrazione di trattazione riacquisterebbe una "purezza" da influssi "retributivi", magari da accompagnare con regole volte a riequilibrare la forza "sostanziale" probatoria delle fonti dichiarative dell'imputato e della persona offesa (spesso danneggiata); un'idea, potrebbe essere quella di ritenere

³⁵⁵ Nozione da leggersi come "ambivalente" rispetto alle situazioni, solo finali, di innocenza o colpevolezza, quindi slegata ad una "simbiosi" pure con la categoria di responsabilità; di attrito tra funzione di garanzia della fattispecie penale sostanziale e pretesa "educativa" del legislatore si tratta in modo illuminante in ABUKAR-HAYO, *Il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale del nemico. Un possibile paradosso nelle relazioni internazionali tra gli Stati*, in *www.penedp.it*, 2021, § 2.

³⁵⁶ Per considerazioni illuminanti del rapporto tra rieducazione e carcere si veda COLOMBO, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Milano, 2020.

³⁵⁷ Concetto questo sicuramente contrastante con la presunzione di innocenza "processuale".

³⁵⁸ Per una comunque "educazione" verso il, oltre che al, potere. Dell'affine tema clinico-legale tratta splendidamente SCHIAVELLO, *L'educazione del giurista contemporaneo*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2021, § 4.

³⁵⁹ Di funzione *lato sensu* "rieducativa" del processo già si è trattato in BORASI, *Autoresponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, cit., 419.

sempre applicabile alla fonte persona offesa il bisogno di riscontro ai sensi dell'art. 192 comma 3 c.p.p., e permettere all'imputato (facoltà) una testimonianza vera e propria, magari con gli stessi "limiti".

Tale visione prospettica è volta sempre più a staccare l'ottica del giudice durante l'istruzione, da quella dello stesso giudice nella fase decisoria, proprio aiutando la comprensione della diversità ontologica dei momenti (anche se in "derivazione"); ma per fare ciò in modo effettivo occorre eliminare le "impurità" interne agli stessi, aventi influssi anche sugli "affidamenti" in senso lato.

In questa ottica potrebbe essere utile l'eliminazione del potere *ex art. 507 c.p.p.*³⁶⁰ in capo al giudice; ciò valorizzerebbe la distinzione dei momenti suddetti, e la "vera" legalità di giudizio.

Proprio in considerazione di questo urge ormai un ripensamento al doppio grado di giudizio di merito, non più sostenibile in concreto, e quindi *de iure condendo* da eliminare, anche perché non garantito dalla Costituzione (*ex multis* Corte cost. sent. n. 117 del 1973) e in via sovranazionale, o quantomeno limitato fortemente.

L'appello di merito, come congegnato oggi, non è altro che un "rischio di errore" in più, piuttosto che in meno, pure deleterio per un giudizio di legittimità "sereno" di fronte ad una doppia conforme errata³⁶¹; con tale presa di coscienza, anche il giudizio di Cassazione, ammesso nell'ordinamento per violazione di legge "generalizzata" (ricorso questo sì costituzionalizzato all'art. 111 comma 7), risulterebbe più "compatibile" alla natura di Corte Suprema della stessa.

Tali istituti, infatti, come all'attualità, rischiano di "edulcorare" la regola dell'*in dubio pro reo*, e della necessaria completezza ragionevole delle indagini come corollario della presunzione di innocenza, con influssi chiari in tema di prevedibilità esigibili, peraltro "colpite" da altre "incertezze" come solo accennate di seguito.

Per la trattazione come "amministrazione" deve vigere sostanzialmente un dovere di ragionevole sviluppo di quanto "preparato", con prevalenza dei

³⁶⁰ Propone l'eliminazione dell'istituto *de quo* anche PECORELLA, *L'ordinamento giudiziario alla luce della norma costituzionale sul giusto processo*, in www.dirittodidifesa.eu, 2020, 5.

³⁶¹ Interessanti riflessioni, in parallelo, sul tema della collegialità, in GRIFFO, *Riflessioni in tema di collegialità delle decisioni giurisdizionali e sistema*, in www.dirittodidifesa.eu, 2020.

diritti processuali incidentali istantanei, sapendosi che la decisione finale è comunque naturalmente “sbilanciata” *pro reo*.

Raggiunto ciò, il ruolo attivo del giudice potrà limitarsi alla tutela effettiva dei diritti procedurali incidentali delle parti.

Tale duplice passaggio rende la “prognosi” molte volte complessa; da qui la figura del giudice quale “mediatore”³⁶² legale della complessione, attività che può distinguersi su due piani, quello dei rapporti (comportamentali) e quello degli atti (procedimentali). Il *punctum dolens* della prevedibilità è evidentemente quello dei rapporti, oltre che della “mediazione” negli stessi da parte del giudice.

La “nuova” distinzione tra “amministrazione” e “decisione”, anche a prescindere dalle proposte *de iure condendo* espresse, valorizza la legalità processuale come strettamente legata alla categoria della invalidità, avente un nucleo comune importante rispetto a tutte le proprie forme in declinazione.

Eliminando le “scorie” sostanziali alla trattazione si permette un’“esplosione” delle invalidità come a tutela effettiva dei diritti processuali, senza “doppi fini” o sovrapposizioni, ponendo al centro di tutto il portato dell’art. 178 lett. c) c.p.p., con lettura diversa anche delle sanatorie, valorizzando l’“esigibilità” al pari della “fecondità”.

Nel diritto processuale penale, sostanzialmente, attraverso lo *iura novit curia* si valuta il fatto processuale come giuridico, bypassando il controllo sulla ricostruzione del fatto materiale, perché non di responsabilità. Non rileva l’errata ricostruzione del fatto materiale, neanche come invalidità, quanto la soluzione (come anche ricostruita *ex post*), salvo che in tali operazioni non si siano lesi diritti, solo allora scatta l’invalidità³⁶³, non importa in che forma (nullità, inutilizzabilità, abnormità, decadenza, inammissibilità *et similia*; a parte l’inesistenza radicale), ma il principio è lo stesso, anche se gli effetti saranno differenziati, ma solo per la situazione. In altre parole, le differenze saranno valide se supportate da un perché meritevole di tutela per l’ordinamento, che “tira le fila di tutto”.

La meritevolezza è la prova di resistenza della legalità processuale penale “presunta”, nel senso che conforme al modello proposto, da “controbilanciare” con i diritti (principi e interessi) da tutelare in concreto.

³⁶² Cfr. PASCULLI, *Il sistema penale* through the looking glass, cit., 58, 76.

³⁶³ A questo punto forse un possibile parallelo con la presunzione “contraria” ex art. 3 legge n. 689 del 1981, anche come interpretata dal *leading case* Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 10508 del 1995.

Per un paragone calcistico, nessuna regola dice (espressamente) che il secondo cartellino giallo è più “pesante” del primo, ma sarebbe comunque irrazionale irrogarlo per un’infrazione non significativa (quindi non giusto); e non è una questione di imparzialità del giudicante.

Quello che certamente ha pesato per la concezione non valoriale è il sindacato costituzionale costruito nel sistema come accentrato per una forma classicamente di valore (in quanto riferito di fondo a principi); il sistema multilivello oggi però ha messo in crisi tale visione “gerarchica” delle fonti³⁶⁴, verso una (lenta) rilettura a geometria variabile tra limiti e controlimiti.

È fondamentale la distinzione tra invalidità della sentenza, magari anche derivata, come espressione in retaggio di *querela nullitatis*, ed invalidità processuale solo accessoria alla sentenza.

Rientrano nel primo gruppo, i casi di *errores in iudicando*, da valutarsi secondo i canoni della giurisdizione *stricto sensu* (riferendosi agli artt. 25 e 111 Cost.), e nel secondo, ipotesi di *errores in procedendo*, da vagliarsi secondo i canoni dell’amministrazione, seppure giurisdizionale (riportandosi agli artt. 97 e 111 Cost.)³⁶⁵; in altre parole, il giusto processo si lega “diversamente” a questi vizi. La non chiara “commistione” di cui prima snatura i rapporti tra i poteri, portando erroneamente a ritenere per la trattazione una “tensione” tra legislatore e giudice, marchio invece della fase decisoria.

A questo punto, il ruolo dell’“universalità” dei diritti realizza la migliore “sintesi” alle “incertezze” di cui prima.

8. *Ordine giuridico “universale”*. Di fronte alla prevedibilità come declinata per le fondamenta amministrative della procedura penale “pura”, riferimento

³⁶⁴ La gerarchia come istituto giuridico, nelle possibili forme strutturali, materiali e assiologiche (cfr. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costituzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interp.*, 2011, 10 ss.), cozza con l’idea di diritto (processuale penale “puro”) *fuzzy* e “universale”; è figlia di una stagione superata dell’organizzazione del diritto. Contrattare è dato dal rischio di *overload of rights* (differente dall’*overload of rules*), come già trattato in BORASI, *Overload di diritti processuali*, in *Riv. pen.*, 2016, 401.

³⁶⁵ Tratta infatti degli *errores* predetti come riferibili sistematicamente ai “limiti interni” della giurisdizione, Cass., Sez. Un. Civ., ord. n. 17580 del 2020; parallelamente, in chiave di sistema, si veda anche Cass., Sez. Un. Civ., ord. interl. n. 19598 del 2020, con pure nota critica in LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l’art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell’Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

ultimo di contatto nella catena di rapporti è dato dallo *stare dictis* vivente del nostro sistema, come espressione di nomofilachia primaria “refrattaria” al precedente vincolante proprio dello *stare decisis*.

In altre parole, saranno i *rationali* diventati diritto vivente nei *landmark cases* a creare l’unico affidamento procedurale meritevole di tutela per gli “utenti successivi”, utilizzabile quindi come parametro di ragionevolezza “forte” nell’amministrazione della giustizia di trattazione *stricto sensu*; certamente a supporto di ciò, un’importante nozione di “legalità europea”³⁶⁶ con *rationes* da considerare nel “respiro” internazionale (*rectius* globale).

Non si sta discutendo di un “uso alternativo del diritto”³⁶⁷ (processuale) con matrice ideologica o politica (seppure dei diritti)³⁶⁸, bensì di una libera ispirazione ai fondamentali del *substantive due process* di matrice statunitense³⁶⁹.

La funzione di prevenzione della disciplina processuale di trattazione, così come per il diritto penale sostanziale, trova espressione sia in senso generale che speciale, anche se la stessa non può considerarsi come “ideologico-propulsiva”, semmai come conseguenza cosciente.

Occorre un ribaltamento di mentalità giuridica, il metodo proposto è di sprone ad un differente rapporto tra norme, processo e dottrina³⁷⁰; in particolare, il tratizio ostracismo verso un’interessenza tra processo e *opinions* in senso lato dottrinali, viene a cadere di fronte ad una lettura *smart* dell’agone processuale penale.

³⁶⁶ Per la nozione, cfr. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario nella giurisprudenza sovranazionale e nelle ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 130.

³⁶⁷ Per una ricostruzione critica del tema classico, cfr. LIPARI, *L’uso alternativo del diritto, oggi*, in *www.pensareildiritto.it*, 2017, 27. Sul punto in COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell’interpretazione giuridica: a partire dall’uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, 26, si evidenzia sostanzialmente il tema di come missione del diritto alternativo quale teorica.

³⁶⁸ Per una riflessione contro l’ideologia nel diritto, cfr. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell’esperienza italiana*, in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 216.

³⁶⁹ Tratta magistralmente dell’istituto proteiforme, INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Riv. dir. comp.*, 2020, 122-124.

³⁷⁰ Sul solco di una ritenuta necessaria valorizzazione della “dottrina giuridica” (come precisazione) nell’evoluzione del diritto applicato è essenziale chiarire la distinzione del termine con quello di “teoria giuridica” (come conoscenza), per una visione della stessa (parallelamente a quelle della legge e della giurisprudenza) come mediatrice con l’esperienza, cfr. sul punto MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Oss. AIC*, 2014, 2, 28.

È giunta l'ora di pensare all'introduzione delle *opinions*³⁷¹ per le pronunce nomofilattiche (o persino collegiali semplici), nonché delle citazioni dottrinali in tutte le decisioni, e di implementare l'apporto di *amici curiae* al di là delle forme "peritali", di modo da accrescere la circolazione dei *rationali*, secondo uno scambio virtuoso, facilitato dall'implementazione delle banche dati dominate dall'intelligenza artificiale. Non bisogna avere paura di aprire il processo penale all'"esterno", nel senso di contributi per l'"interno", perché solo in questo modo l'ordinamento cresce.

Il giudice non deve ergersi a "moralizzatore" *ex se*, quanto a "indirizzatore" nella correttezza (e conseguente legittimità) del comportamento delle parti³⁷².

È proprio lo *stare dictis* del diritto vivente (da leggersi come ipotesi "eccezionale"³⁷³) a fare fede per l'utente sino ad un *prospective overruling* che evidenzia una diversa visione della *ratio decidendi* del caso (ripetibile).

Ciò non significa che non vi sia per queste (limitate) ipotesi un primo giudice di merito a "scolpire" un *distinguishing*, ma questo potrebbe non essere ritenuto meritevole di tutela, a prescindere dal *tempus regit actum*³⁷⁴, per "superare" il diritto vivente nel caso *a quo*; l'ottica di meritevolezza per il superamento della "CERTALEX" processuale penale³⁷⁵ deve riguardare la soggettiva tutela istantanea dei diritti (processuali fondamentali) a prevalente effetto sostanziale finale per l'accusato ("sfumatura" del *favor rei*), mentre per il resto "solo" *pro futuro*.

Senza processo la norma penale reale resterebbe un buon proposito³⁷⁶, ma la stessa per essere "superata" nell'originalismo non deve arrivare al punto estremo di intollerabilità per il sistema, magari per ineguaglianza manifesta³⁷⁷.

³⁷¹ In tema l'ottima analisi in FALATO, *Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente. Un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle Corti Superiori*, Pisa, 2016, e da ultimo in *id.*, *L'opinione dissenziente tra democraticità del giudizio e pluralismo culturale. A Giuseppe Riccio*, in *Arch. pen.*, 2021.

³⁷² Già indicati i "caratteri" del processo "perfetto" in BORASI, *Il delitto perfetto dilucida un processo imperfetto*, in *Riv. pen.*, 2018, § 5.

³⁷³ Indica "paletti" rigidi *in puncto*, Cass., Sez. III, sent. n. 1731 del 2021.

³⁷⁴ Peraltro, lucidamente analizza la complessità, in chiave evolutiva, dell'istituto *de quo*, CONSULICH, *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo*, in *www.discrimen.it*, 2020.

³⁷⁵ Già indicata l'utilità di un meccanismo del tipo anche per il settore penale in BORASI, *L'overruling della norma processuale penale nello stare dictis vivente*, cit., nota 148. Per un approfondimento sul differente progetto CERTANET, cfr. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgliure della Corte di Cassazione*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di Dall'ino, Roma, 2016, 23 ss.

³⁷⁶ Cfr. GALLO, *Il romanzo di un codice*, in *Arch. pen.*, 2019, 12.

Un atto giuridico, seppure “legale”, ma non “legittimo”, può essere efficace (producendo in concreto effetti giuridici) ma non effettivo (non ripetibilità di tale conclusione)³⁷⁸.

Tale effettività corrisponde al “merito” di opportunità nelle scelte giurisdizionali procedurali di *substantive due process* (“universale”); scelta se seguire il noto oppure l’ignoto, rimanere appiattiti allo *ius dicere* o avventurarsi nel *dicere ius* (anche qui non vale l’ottica del *favor rei*)³⁷⁹.

Allo stesso modo, questo “merito” non è certo da vedersi come obiezione o disobbedienza rispetto ad un ordine costituito, bensì ad una tutela costituenda.

Il tema è se esiste un diritto soggettivo alla “legittimità” del procedimento³⁸⁰, ciò sia nei confronti delle parti che del giudice. La risposta deve essere articolata, nel senso che tale diritto assurgerebbe ad elemento ulteriore rispetto al risultato sostanziale. Ebbene, il punto è che della categoria diritto in questo caso non si può parlare, in quanto solo legata ad altri diritti e interessi, quindi relazionale, vale a dire esclusivamente di una “legittimità utile” e “sostanziale”.

Tale utilità, però, non deve essere letta solo rispetto al risultato in sentenza, ma anche nel singolo incidente, contrattare senza prevaricazione dei diritti fondamentali, ma non “sempre” in “assoluto”; alcuni sono per natura “indisponibili”, altri no, almeno per la dimensione di tutela differente, se non per la subvalenza.

Al più si può parlare di un interesse legittimo pretensivo procedimentale; anche rispetto alla stessa sentenza, l’accusato non è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo alla “legittimità” della sentenza, a prescindere dal retroterra culturale nel rapporto potere-soggezione, ma in considerazione della presa di atto della discrezionalità non “matematica” del giudizio di responsabilità.

³⁷⁷ Per le implicazioni della formula di Radbruch con la morale, cfr. VELO-DALBRENTA, *Sul problema dell’obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*, in *Crim.*, 2017, 9-10.

³⁷⁸ Per tale distinzione fondamentale, cfr. BERTOLISSI, MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Torino, 1996, 48 ss.

³⁷⁹ Recenti espressioni nell’ottica di una presa di coscienza effettiva del “nuovo corso” sono: Cass., Sez. Un., sent. n. 41736 del 2019, in materia di “effettiva” immediatezza e corollari; Corte cost. sent. n. 32 del 2020, in tema di “sostanziale” esecuzione e corollari.

³⁸⁰ Con riferimento al provvedimento amministrativo, cfr. ORSI-BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 159 ss.

Ciò non deve portare, però, ad un’astratta non tutelabilità risarcitoria, anzi deve renderla più effettiva in concreto, anche se nell’ambito della grande famiglia del *neminem laedere*³⁸¹.

La procedura penale non è una scienza esatta, (forse) non è una scienza *stricto sensu*, ma un metodo che trova nell’ordinamento la propria ragion d’essere (non nel penale sostanziale); così la validità, come esistenza-vigenza-effettività della norma, è tale in relazione all’ordinamento³⁸².

L’ordinamento però, anche procedurale, ha criteri di auto ed etero integrazione³⁸³, ma che prescindono dalle lacune *stricto sensu* (“universalità” delle questioni giurisdizionali); si pensi alla questione centrale dell’autodifesa tecnica, che potrebbe essere “riletta” (pure) alla luce dell’esperienza avanzata statunitense in tema³⁸⁴.

Il processo penale è un “gioco” speciale, un tentativo di risposta a più richieste complesse, paragonabili, come incidenti, al modello di “volontaria giurisdizione”³⁸⁵.

Non si può pensare che le singole risposte siano da leggere in considerazione alla risposta finale, quanto alla “sicurezza dei diritti”.

La cometa di riferimento della progressione riguarda la voluta presa di coscienza di una “universalità di principi *rational*”, necessari per risolvere ogni *quaestio* interna, secondo un metodo di *cross-fertilization*, per la sicurezza dei diritti fondamentali, oltre il classico approccio comparatistico di istituti³⁸⁶, come in una sorta di circolazione virtuosa di “idee”.

³⁸¹ Tema già approfondito in BORASI, *Per una dimensione di tutela “piena” rispetto al danno da contatto penale “frammentario”?*, in *Riv. pen.*, 2020.

³⁸² Cfr. per tale legame, MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, cit., 682.

³⁸³ Cfr. *ivi*, 725.

³⁸⁴ Del tema si è già trattato in BORASI, *Autoresponsabilità: sinapsi tra pena e procedura*, cit., nota 80; altra *vexata quaestio* sul tappeto, e passibile di rivisitazione “universale” [sempre grazie all’esperienza nordamericana, a partire da *Silverthorne Lumber Co. vs United States*, 251 U.S. 385 (1920), favorevole (tendenzialmente) alla teorica dei “frutti dell’albero avvelenato”], è quella del “*male captum bene retentum*”, come recentemente “normato” da Corte cost. sent. n. 219 del 2019, visione già criticata in BORASI, *Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*, cit., punto 5.

³⁸⁵ Cfr. in questo senso già in BORASI, *Prolegomeni a un diritto processuale penale dell’effettività. La “fame” di diritti*, cit., 12.

³⁸⁶ Illuminante analisi dell’approccio comparatistico classico in ORLANDI, *L’approccio comparatistico nelle dottrine processualpenalistiche. Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano*, in *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma, Zeno-Zencovich, Roma, 2021. Ricorda il ruolo evolutivo della comparazione nel superamento del rito inquisitorio, AMODIO, *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, § 1.

Il diritto processuale di garanzia deve avere un nucleo fondamentale “universale” come *minimum standard*, che si sedimenta a prescindere dall’ordinamento nazionale di riferimento³⁸⁷.

In altre parole, esiste già di fatto un ordine giuridico “universale”³⁸⁸ materiale vivente a tutela dei diritti fondamentali degli interessati e controinteressati del/nel processo penale, a cui poter fare riferimento interno come patrimonio comune “minimo” fondamentale, senza che lo “sbarramento” dei singoli ordinamenti (certamente non limitati nel *maximum*) possa precludere una significanza di *rationale*; si potrebbe anche parlare di *stare dictis* “universale”³⁸⁹.

L’ottica è quella per la quale conta la *ratio*, mentre la pronuncia è solo la “scorciatoia” per evidenziarla più significativamente, non la fonte *stricto sensu* (effetto dichiarativo o di pubblicità), ciò vale anche per le pronunce interne, seppure lo si comprende con implicazioni differenti per la nomofilachia vivente. Forse è il momento però di considerare che, oggi, istituti quali la nomofilachia e l’*overruling*, nelle varie declinazioni, possono leggersi ormai con un respiro “universale”, “travolgendo” anche i temi dell’invalidità e della prevedibilità accorsi.

Il futuro forse aiuterà la presa di coscienza di questo percorso, seppure ineluttabile, magari aiutato dalla tecnologia “cavalcante”, si spera non solo nel particolare.

In aiuto a tale meccanismo è forse prospettabile un “Concilio di Nicea” per individuare una sintesi condivisa degli *essentialia* “universali” (non *in the books*) per i sistemi processuali penali *in action*; non bastano le Carte e le Corti (oppure l’E.P.P.O.), occorre una “Costituente” globale vera e propria.

Il sistema penale sta cambiando, come in una sorta di mutazione genetica, dove gli *essentialia* del passato vengono “riletti” con occhi “nuovi”.

La sfida sta tutta nel comprendere la chiave di lettura reale alla base, ma comunque “influenzata” dai principi e diritti fondamentali.

³⁸⁷ Richiama il processo di internazionalizzazione del diritto primario, MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Riv. AIC*, 2020, 147.

³⁸⁸ Di “ordine giuridico mondiale” parla DELMAS-MARTY, *L’emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.

³⁸⁹ Parallelamente parla di «circolazione di idee e paradigmi tra ordinamenti», CORDA, *La ricerca e l’insegnamento in materia penale: riflessioni sul modello statunitense e sulla sua influenza sul sistema italiano*, in *www.sistemapenale.it*, 2021, 1.

L'amministrazione della giustizia prima della decisione giurisdizionale viene letta qui come branca del diritto pubblico più affine, *rectius* con fondamenta comune, al diritto amministrativo (sostanziale e processuale), di quanto mai ritenuto in passato in modo dogmatico.

Con il processo penale "di trattazione" il giudice amministra la giustizia, partendo dalla lettura delle disposizioni, interpretandole in norme, gestendo i fatti processuali, mentre con il processo penale "di decisione" esercita *stricto sensu* il potere giurisdizionale (prima "solo" amministrato), sussumendo i fatti sostanziali, come ricostruiti, nella decisione finale; durante tali operazioni non basta una visione "passiva" dei diritti fondamentali in contesa, occorre una tensione "attiva" di tutela "effettiva" della complessione dinamica di "interessi".

La testimonianza di questa ricerca, frutto di un *work in progress* "sempreverde", vuole porre le basi per il superamento di un orientamento, ormai invalso nella dottrina e nella giurisprudenza, molto più nella prima forse, di analisi di fenomeni giuridici, anche generali e di sistema, con un occhio "provinciale" e legato a schemi "dogmatici" ormai desueti o da modificare.

Il ragionare per dogmi "interni", comporta analisi poggianti su premesse labili, con seguenti conclusioni sfalsate dai punti di vista invece razionali.

Manca una visione di "mediazione al rialzo", mantenendosi solo i veri punti fermi concreti effettivi come controlimite non negoziabile *pro futuro*, senza arrocchi in battaglie di principio povere e senza influsso sui principi fondamentali quotidiani.

Solo un'ottica circolare del diritto, comprensivo di norme e uomini, senza pregiudiziali di dogma, potrà portare un risultato equo, giusto, utile, sostenibile, efficace ed effettivo, ed è la legge che deve segnare ciò, non viceversa.

D'altronde, se la visione dello *status quo* non ha dato i frutti sperati, come è pacificamente all'attualità, "forse" è utile cambiare metodo più che ricetta (o forzare la stessa). Peraltro, su questa lunghezza d'onda, seppure "prudentemente", la stessa Consulta si è preparata all'"endorsement", "sdoganando" una promiscuità tra "strumenti" interni e sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali ("caveat" in Corte cost. ord. n. 117 del 2019), *id est* "indebolendo" nei fatti il sindacato accentrato classico, per la tenuta del sistema complessivo in pressione "fluida".

La vera rivoluzione liberale non passa per manifesti di regole, più o meno generali, ma per chiavi di lettura, anche di principi, vevoli per lo *status quo*, ma anche *pro futuro*, secondo metodi “universali” per ingaggi “singolari”. Solo con l’*expertise* del *substantive due process*, orientato dallo *stare dictis* “universale”, è possibile arrivare a un processo equo e a una decisione giusta, ma ciò “in fondo” è immaginabile solo grazie a un cambio di passo nella cultura giuridica di tutti gli attori del processo penale, che presuppone il taglio del cordone ombelicale sovranista e populista della nozione di società (legale), in favore di una visione globale di comunità (giuridica).

9. *Postilla*. Codesta breve postilla trova ragione nella necessità “sopravvenuta” di sdoganare il lemma “politica”³⁹⁰ nel lessico del diritto processuale penale “puro”, a patto che significato nel senso di migliore scelta “incidentale” derivante da un’amministrazione tangente la “causalità circolare” del Leviatano giurisdizionale³⁹¹.

Mentre la legalità sostanziale sfrutta una “causalità lineare” di soliloquio (propria di un sistema non complesso, attraverso rigide tipizzazioni in negativo³⁹²), quella processuale (quantomeno se “pura”) è ormai governata da una “causalità circolare” dialogica (propria di un sistema complesso, attraverso dinamiche regole in positivo³⁹³), con fonti multiformi “oltre la legge” in senso stretto³⁹⁴.

Il tema delle garanzie processuali, o forse meglio non sostanziali, riguarda un piano differente dalla riserva di legge “classica”³⁹⁵, *id est* quello dei diritti fondamentali fluidi, per una lettura “universalista”³⁹⁶, in altre parole come

³⁹⁰ Di “politica necessaria” dell’attività giurisdizionale tratta DE SANTIS, *L’uso politico degli strumenti processuali penali*, cit., 2012, 56. Assolutamente diversa la nozione di “processo politico” lumeggiata splendidamente in NOBILI, *Cosa si può rispondere all’invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: “Voi invocate le forme perché non avete principi”?*, in *Crit. dir.*, 1994, *passim*.

³⁹¹ Tratta dello Stato Leviatano sotto vari aspetti socio-giuridici, PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *www.sistemapenale.it*, 2020.

³⁹² Parla in tema di “modelli negativi di comportamento” BERNASCONI, *Crisi della legalità nel diritto penale o ΚΡΙΣΙΣ nelle diverse legalità?*, in *www.discrimen.it*, 2021, 2.

³⁹³ Tratta, seppure per il diritto non penale, ma a respiro generale, di “modelli positivi di comportamento”, *ibid.*

³⁹⁴ Disquisisce sapientemente della legalità oggi, GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

³⁹⁵ In tema, cfr. PECORELLA, *Law in action: per una nuova legalità*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2020, 11.

³⁹⁶ Delle “tradizioni” da “comparare” illumina, DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una rilessione*, in *Riv. AIC*, 2020.

tentativo di equilibrare, tramite un *maximum standard*³⁹⁷ interno tendenziale, l'evoluzione giuridico-processuale sostenibile (globale), forse pure al di là della (mera) tutela "abusiva" dall'uso strumentale del diritto, ciò proprio perché nozione quest'ultima poco accorsa al carattere non "causale" dei diritti personalistici *lato sensu*³⁹⁸.

Mette conto osservare che, la legalità sostanziale, assolutamente determinata, non solo viene "dopo" l'amministrazione procedurale (fase decisoria), ma pure "prima" (momento tipizzante³⁹⁹), quasi a "circondarla" virtuosamente a mo' di "protezione" di un momento paradigmatico di equità nella positività stretta⁴⁰⁰.

Le due anime della legalità si completano nella/nelle diversità, non certo con il tentativo di appiattimento distorsivo, riuscendo così ad avvicinare le "politiche" del Leviatano (giurisdizionale e non) al popolo; il principio di non contraddizione, solo legato al positivismo⁴⁰¹, non può bastare a risolvere l'arcano, anzi può limitare la manifestazione "universalistica"⁴⁰² e diffusiva del tema non prettamente giusnaturale, in parallelo ad un'ottica relativistica del diritto positivo (in particolare procedurale)⁴⁰³, da vedersi quale sviluppo dello spirito di un umanesimo rinascimentale personalista, anche se non paternalista⁴⁰⁴.

³⁹⁷ Di *standard* di bilanciamento tratta TESAURO, *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche (Parte terza)*, in *Dir. pen. cont.*, 2020. Di "schegge" nel sistema quali il principio di "massimizzazione della tutela" tratta RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categoriche teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Cons. ONLINE*, 2020, 613.

³⁹⁸ Straordinarie considerazioni in ordine al rapporto tra diritti personalistici e abuso dei diritti in GIUNTA, *Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia*, in *www.discrimen.it*, 2020, 4.

³⁹⁹ I profili della motivazione della legge sono ricordati da BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008.

⁴⁰⁰ Dotte riflessioni in tema in KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, cit.

⁴⁰¹ Richiama il legame al "fatto" del positivismo giuridico, SCODITTI, *La pretesa di giustizia del diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, in *Quest. giust.*, 2021, 252.

⁴⁰² Tratteggia le aporie accorse alla *vexata quaestio*, BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012.

⁴⁰³ Distingue tra "macrolegalità" e "microlegalità", SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 2020.

⁴⁰⁴ Tratteggia magnificamente la figura del giudice, con afflato generale seppure riferendosi al particolare amministrativo, quale riduttore di incertezza e ricostruttore di fiducia per il cittadino, PATRONI-GRIFFI, *Nuovi percorsi del diritto amministrativo. Quesito a Patroni Griffi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, § C.

Si può pensare ad una sorta di dinamico e variabile controlimite (non abusivo) latente “interno” di sistema⁴⁰⁵, *id est* in attesa di sviluppo singolare eventuale⁴⁰⁶, anche vincolato ad una corretta valorizzazione/allegazione di parte, prima che versare ad un effetto costitutivo (processuale)/dichiarativo (sostanziale) da parte del giudice⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Per converso, si legga della nozione di “autonomia procedurale funzionalizzata” come effetto utile in TULUMELLO, *Il diritto dell’UE e la disciplina del processo amministrativo: l’accesso alla giustizia e l’estensione del sindacato di legittimità degli atti amministrativi nella materia della tutela ambientale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, § 4.

⁴⁰⁶ Non si tratta di questioni *extra ordinem*, differente tema dottamente analizzato in CANALE, *Fatti extra ordinem. L’interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 2021.

⁴⁰⁷ A corollario, di nuove pretese dei privati, rispetto al potere latamente amministrativo, quali espressioni di nuovi diritti sociali e fiducia, tratta PATRONI-GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell’ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, §§ 2.b3), 2.b4).