

# Crisi del principio di legalità e nuovi assetti della giurisdizione penale dopo la legge n. 103 del 2017 \*

di Fabio Cassibba

Il tema in discussione pone dinanzi allo studioso del processo penale gli ampi scenari evocati dal concetto di giurisdizione, resi luminosi dal richiamo a nuovi principi fondamentali. Il senso di serenità restituito da quest'immagine viene, però, immediatamente turbato dall'aggettivazione: la "rivisitazione" del concetto di giurisdizione sembra alludere non tanto, in chiave denotativa, ad un mutamento di paradigma, quanto, in chiave connotativa, ad una torsione. Il primo suonerebbe positivo: basti pensare all'impulso evolutivo impresso alla normativa processuale dalla costituzionalizzazione dei canoni del giusto processo. La seconda suona fatalmente negativa perché richiama fenomeni involutivi: una giurisdizione che, sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, ripiega su se stessa.

Se così è, anche il riferimento alla creazione di "nuovi" principi fondamentali si colora di toni chiaroscurali: legislatore e giurisprudenza rendono protagonisti della scena tensioni efficientistiche e pragmatiche, destinate ad indebolire le tradizionali garanzie processuali penali.

Un dato va immediatamente messo in luce. La "postmodernità giuridica" certifica la crisi in cui versa la concezione classica del processo penale, inteso come strumento di garanzia dell'imputato dal rischio di arbitrio dell'autorità giudiziaria, per impiegare il lessico della Corte di Strasburgo. S'indebolisce l'idea che l'accertamento della colpevolezza implica robuste garanzie per l'accusato e strumenti idonei ad assicurare la corretta ricostruzione del fatto: nel processo penale, la «caccia val più della preda» (CORDERO), perché quello di procedura penale è il «codice dei galantuomini» (CARRARA), dell'imputato presunto innocente.

Oggi, tale concezione classica viene progressivamente - e pericolosamente - soppiantata da un'inedita funzione general-preventiva e special-preventiva che si pretende di assegnare al processo penale. Il diritto processuale sta cannibalizzando quello sostanziale, assorbendone gli scopi: non più «servo muto», ma «socio tiranno» (PADOVANI).

Suona, dunque, inevitabile l'amplificazione del bisogno di efficienza della macchina processuale, normativamente coltivata a tutto discapito delle garanzie e mediaticamente enfatizzata, sin da momenti che persino precedono la formale iscrizione della notizia di reato.

Si fanno strada, per l'appunto, torsioni concettuali e pragmatiche. Si assiste ad un'elefantiasi delle indagini preliminari, le cui risultanze - fisiologicamente provvisorie - vengono esibite come solidi punti di approdo in chiave accusatoria. Lo spostamento del baricentro procedimentale dall'ideale centralità del dibattimento alle indagini preliminari è evidente. Da qui, un paradosso: sul piano mediatico, delle indagini preliminari, avvolte dalle tenebre della segretezza interna ed esterna, tutto viene allo scoperto; sugli atti dibattimentali, illuminati dallo splendore dell'oralità, cala l'oblio.

Il "bisogno di risultati" molto precoci, tranquillizzanti anche per la collettività, incide, poi, sulle tecniche d'indagine: legittima l'inflazione di mezzi investigativi invasivi, come le intercettazioni. L'assoluta indispensabilità del mezzo di ricerca della prova - presupposto codicistico in linea con il principio di proporzionalità nell'esercizio dei poteri d'indagine, ormai patrimonio consolidato della giurisprudenza della Corte europea - viene spesso aggirato: l'intercettazione tende a costituire il primo atto investigativo, senza che la giurisprudenza reprima tale prassi né che il legislatore vi metta freno. Anzi, la giurisprudenza a Sezioni Unite ha fatto da apripista per l'introduzione normativa di nuovi, subdoli strumenti di captazione, come il *trojan horse*.

Altrettanto evidenti - e ancor più perniciosi - gli effetti in tema di libertà personale. La vicenda incidentale *de libertate* esercita una primazia su quella principale di merito: l'andamento del procedimento principale viene calibrato, nella prassi, sulle dinamiche cautelari (ZACCHÉ). Se la misura custodiale sta per perdere efficacia per decorso dei termini, s'imprime un'improvvisa accelerazione processuale per realizzare il passaggio di fase che legittima nuovi termini di custodia; viceversa, se la misura non è in procinto di scadere, il processo principale tende a languire. Si comprende, così, come l'irragionevole dilatazione della durata del processo vada di pari passo con l'allungamento dei termini di custodiali.

---

\* Testo della relazione svolta nella sessione di lavoro del 25 maggio 2018 su «La rivisitazione del concetto di giurisdizione e la creazione di nuovi principi fondamentali nel processo civile e nel processo penale» - VIII Congresso dell'Associazione Nazionale forense su «L'avvocato in evoluzione. Un professionista indispensabile per il cittadino, l'impresa, la società, il Paese» - Palermo 24-27 maggio 2018.

L'allungamento dei termini di prescrizione diviene, a sua volta, ulteriore volano che allontana dal soddisfacimento della ragionevole durata del processo. Prima ancora che condotte giuridicamente rilevanti degli organi procedenti, viene in gioco un fattore umano: per adempiere ad un certo compito si tende ad impiegare tutto il tempo di cui si dispone. Ingenuo, dunque, il legislatore, che allunga i termini di prescrizione per consentire al processo di pervenire ad una sentenza definitiva di merito. Naturale che, così facendo, gli organi procedenti si sentiranno ancor più legittimati a far avanzare i processi per i quali è più prossima l'estinzione del reato, con un ulteriore, surrettizio aggiramento del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Anche su quest'ultimo versante, il quadro non è confortante. La necessità di gestire una mastodontica mole di notizie di reato – il rovescio operativo del panpenalismo esasperato (FIANDACA) del legislatore – agevola soluzioni pragmatiche, di volta in volta elaborate in seno alle procure della Repubblica. Evanescente la reazione del legislatore, che, sul piano ordinamentale, affida al procuratore della Repubblica e al procuratore generale presso la corte di appello la vigilanza sulla corretta osservanza delle norme relative all'iscrizione della notizia di reato (art. 1 comma 2 e 6 comma 1 d.lgs. 106 del 2006). Manca un intervento volto a rafforzare il ruolo di garanzia del giudice per le indagini preliminari in rapporto al controllo sulla tempestività dell'iscrizione, previsto, oggi, solo per il procedimento a carico di ignoti ex art. 415 comma 2-bis c.p.p. Emerge prepotente la figura di un pubblico ministero sostanzialmente *legibus solutus*: circolari delle procure della Repubblica regolano l'iscrizione delle notizie di reato, lasciando l'osservanza del canone dell'esercizio obbligatorio dell'azione penale alle autonome ed incontrollate iniziative del titolare dell'accusa. Il giudice per le indagini preliminari rappresenta il "grande assente": attualizzando le parole di Massimo Nobile, quel giudice ha occhi deboli (non vede tutto il fascicolo in sede di richiesta di proroga) e non ha, comunque, mani (non può retrodatare l'iscrizione della notizia di reato, facendo così scattare l'inutilizzabilità degli atti tardivi ex art. 407 comma 3 c.p.p.). La scelta legislativa di basso profilo di non dare centralità all'organo giurisdizionale - persino in contrasto con la proposta elaborata dalla Commissione Canzio, uno dei "padri nobili" della novella del 2017 – rischia di amplificare l'insofferenza verso il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale. Certo, l'art. 112 Cost. nella prassi mostra sensibili crepe, ma proprio per ciò richiederebbe seri interventi rivitalizzanti da parte del legislatore.

Si spiegano in tale cornice le linee di fondo della novella operata con la l. 103 del 2017.

La ricerca di soluzioni processualmente economiche ed efficienti, capaci di assicurare, al contempo, la ragionevole durata del processo, è il *leitmotiv* espressamente proclamato nei lunghi e travagliati lavori preparatori della legge. "Efficienza" è ormai diventata parola magica, capace di schiudere ogni porta e di giustificare ogni intervento, facendo scattare un corto circuito concettuale, secondo cui efficienza, economia processuale e durata ragionevole si implicano vicendevolmente. In realtà, quei valori non stanno e non cadono insieme. Ad ogni modo, in nome di esigenze economico-efficientistiche si sacrifica il diritto di difesa, la cui tutela è finanche scomparsa dall'intitolazione del d.d.l. consolidato. Va smarrendosi l'idea che la ragionevole durata abbia una natura sussidiaria rispetto al diritto di difesa (C. cost., sent. n. 317 del 2009; ord. n. 318 del 2008). D'altro canto, la novella racchiude – spesso – innovazioni prive di effettività. Emblematico il florilegio di "nuovi" termini, quasi mai perentori. Si pensi alle nuove cadenze del procedimento di archiviazione e a quelle, oltremodo complesse, oggi assegnate al pubblico ministero dall'art. 407 comma 3-bis c.p.p. per le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale. Il legislatore è giustamente "ossessionato" dai tempi del processo, ma sembra incapace di dare corpo a una reazione efficace perché effettiva quanto alla repressione delle inosservanze da parte degli organi procedenti.

La protezione della vittima è, poi, l'altra parola-chiave: l'irruzione nel processo di questa "nuova figura" reclama nuove forme di tutela, in coerenza con la direttiva UE/29/2012. L'ansia del legislatore per introdurre riforme in quest'ottica non porta ai risultati sperati: all'aumento, sul piano formale, delle prerogative della vittima non corrisponde un'effettiva tutela.

### ***"Ottimi intendimenti, pessimo risultato": ecco la cifra della L. n. 103 del 2017***

Sul piano linguistico, da tempo, il «disordine lessicale» del legislatore (VINCENTI) ha raggiunto un livello che rende arduo assicurare la legalità processuale e l'uniforme applicazione della legge. Scelte linguistiche poco sorvegliate amplificano la discrezionalità interpretativa e legittimano un largo impiego di soluzioni ampiamente creative. D'altro canto, ove la legge processuale è incerta, gli operatori si affidano a nuove forme di *autodikia*: fonte dei doveri degli organi procedenti sono viepiù strumenti di *soft law* (circolari, direttive amministrative, protocolli).

Nonostante la crisi della tecnica di produzione delle leggi sia alquanto degradata, un prodotto legislativo tanto scadente è, però, davvero sorprendente e paradossale. Per un verso, il lungo e travagliato *iter* della novella e l'ampia messe di contributi e iniziative di studio che ne hanno accompagnato la discussione e l'approvazione parlamentare suggerivano – verrebbe da dire, imponevano – maggior ponderazione non solo nell'elaborazione delle disposizioni di nuovo conio ma anche nell'individuazione delle scelte di fondo. Per l'altro, l'espressa scelta

dei lavori preparatori di codificare prassi giurisprudenziali consolidate offriva sì una base di lavoro ma avrebbe imposto di affrontare i nodi irrisolti e non di recepirle acriticamente. Si pensi, ad esempio, alla disciplina per molti aspetti “lacunosa”, introdotta dalla l. n. 103 del 2017 in materia di reclamo avverso al provvedimento di archiviazione *ex art. 410-bis c.p.p.*, uno dei prodotti normativi più innovativi, ma – al contempo – uno dei meno riusciti. Il legislatore abdica al proprio ruolo, ponendosi in una posizione sussidiaria rispetto alla giurisprudenza: un’autentica «legislazione giurisprudenziale» (MARAFIOTI).

Sul piano contenutistico, il legislatore fa largo impiego di disposizioni-manifesto: previsioni “di scopo”, più tipiche di una direttiva europea che di un testo di legge, incapaci di guidare in modo stringente gli operatori, volte più che altro – in chiave simbolica – a “tranquillizzare le coscienze”. Proprio in quanto previsioni di scopo, a basso coefficiente di determinatezza, queste ultime si caratterizzano negativamente per gli ampi silenzi: difetta una compiuta regolamentazione delle condotte dei soggetti processuali, invece indefettibile se è vero che la *ratio* delle norme processuali penali è limitare i poteri pubblici, consentendo la massima espansione dei diritti di libertà. V’è di più: la lasca regolamentazione costituisce il più robusto argomento per giustificare prassi giurisprudenziali creative e l’adozione di strumenti di *soft law*. In breve, la legalità processuale, intesa come esigenza di determinatezza e tassatività delle fattispecie processuali, viene svilita dal legislatore e, poi, erosa dalla prassi.

Emblematica la nuova disciplina sui diritti informativi della persona offesa.

La novella del 2017, con l’intento di completare il ventaglio delle garanzie informative e conseguentemente d’irrobustire la tutela della vittima, introduce l’art. 335 comma 3-*ter* c.p.p.: si assegna alla persona offesa l’inedito potere di chiedere informazioni «circa lo stato» del procedimento all’«autorità che [lo] ha in carico», alla duplice condizione che la persona offesa abbia presentato denuncia o querela e che siano «decorsi sei mesi dalla data della presentazione della denuncia, ovvero della querela». La persona offesa ambisce ad essere informata circa lo svolgimento delle indagini e delle attività compiute in un momento che precede la richiesta di archiviazione, mirando a colmare le asimmetrie informative tipiche della fase investigativa, al fine di depositare memorie o materiale probatorio volti a scongiurare un epilogo investigativo a lei sfavorevole. Ora, un musicofilo come me apprezza i silenzi ma i silenzi normativi stonano con lo scopo di dare effettività al diritto della persona offesa di essere informata sullo stato del procedimento. L’art. 335 comma 3-*ter* c.p.p. tace, ad esempio, sulle informazioni comunicabili dal pubblico ministero, diverse da quelle già considerate dall’art. 335 comma 3 c.p.p. D’altro canto, il pubblico ministero - fatta salva l’assenza di un dovere di comunicare alcunché “nel merito” delle indagini alla persona offesa - non è vincolato sul tenore delle risposte che è legittimato a fornire né al rispetto di un espresso termine per rispondere alla richiesta dell’interessato. In conclusione, il terreno normativo offre deboli segnali per orientare gli operatori, la cui condotta viene regolata dalle, già numerose, circolari delle procure della Repubblica, con un evidente limite: quand’anche repute vincolanti per gli appartenenti all’ufficio, sono intrinsecamente inidonee a garantire l’osservanza del principio di uguaglianza su tutto il territorio nazionale.

### **La ricerca dell’efficienza pervade tutta la novella**

Rapsodicamente, sono numerosi gli esempi in cui simile ricerca è attuata a scapito delle garanzie difensive, anche in tal caso attraverso l’introduzione di disposizioni dal forte contenuto simbolico.

Si pensi, ad esempio, all’effetto sanante assegnato dal nuovo art. 438 comma 6-*bis* c.p.p. alla richiesta di giudizio abbreviato, con riguardo alle nullità diverse da quelle assolute e alle inutilizzabilità diverse da quelle derivanti dalla violazione di divieti stabiliti dalla legge, nonché all’indeducibilità dell’incompetenza per territorio. Al di là dell’approssimazione linguistica e del contenuto oscuro della sfera dell’effetto sanante (l’inutilizzabilità che non derivano da un divieto probatorio) – di per sé, capace di amplificare la proposizione di questioni processuali e ad appesantire così il giudizio – la previsione è più che fortemente sospetta di essere in contrasto con gli art. 24 e 25 comma 1 Cost. La scelta del rito è espressione del diritto di difesa: l’imputato non può essere posto nella condizione di scegliere il rito alternativo, abdicando, però, all’osservanza della legalità processuale, oppure di coltivare la deduzione di invalidità processuali o di ambire all’osservanza del canone del giudice naturale, ma solo nel rito ordinario; il rispetto della legalità processuale e probatoria non è interesse disponibile. Paradossalmente, la riforma – ispirata all’efficienza – rischia, poi, di realizzare un’eterogenesi dei fini: scoraggiare proprio la scelta del rito alternativo, ingolfando ancor più la già sovraccarica macchina dibattimentale.

Si pensi, ancora, all’enorme espansione della partecipazione a distanza dell’imputato all’udienza, ai sensi del novellato art. 146-*bis* norme att. c.p.p. La sfera della previsione si estende ormai ben oltre le ipotesi (considerate legittime dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea) collegate alla necessità di tutelare gravi ragioni di sicurezza che, sole, possono giustificare la compressione del diritto dell’imputato di partecipare personalmente al processo dinanzi al proprio giudice. Anche qui, evidenti i dubbi di legittimità costituzionale: il bilanciamento del legislatore è stato, irragionevolmente, spostato a tutto vantaggio del soddisfacimento di esigenze efficientistiche e a discapito del diritto di difesa.

Anche la reintroduzione della rinuncia concordata ai motivi d'appello *ex art. 599-bis c.p.p.* si pone in linea col primario soddisfacimento di esigenze di efficienza, attraverso lo sfoltimento delle impugnazioni. Di per sé, l'istituto è espressione della disponibilità in capo alle parti degli strumenti impugnatori. Sennonché, preoccupa il ruolo dei criteri direttivi elaborati dalle procure generali: il legislatore delega alla fonte non primaria il compito di fornire linee-guida intese a condizionare la condotta processuale degli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero, anche nell'udienza. Da qui, non solo il contrasto con il principio liberale, di matrice costituzionale, espresso dall'art. 53 comma 1 c.p.p., per cui il pubblico ministero, in tale contesto, esercita le proprie funzioni «in piena autonomia». Anche in tal caso, negative le ricadute sul principio di uguaglianza: le già numerose circolari in proposito mostrano significative differenze contenutistiche da un distretto di corte d'appello ad un altro.

Infine, non va dimenticato l'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., che assegna un'efficacia para-vincolante, nei confronti della sola giurisprudenza di legittimità a sezioni semplici, ai principi di diritto enunciati dalla Sezioni unite. Traspaiono tensioni efficientistiche, per deflazionare il carico di lavoro della Corte di cassazione; ma il significato della novella trascende qui l'economia processuale. La norma costituisce "segno dei tempi" perché espressione più piena dalla primazia del «diritto vivente» sul «diritto vigente» (FERRUA). Come accade per i gli strumenti di *soft-law*, anche il nuovo art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. ambisce a soddisfare un'ineludibile esigenza: colmare, attraverso l'intervento pretorio delle Sezioni unite, i *deficit* di determinatezza delle fattispecie legali e ad assicurare, così, la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Tutto ciò, però, realizza un autentico mutamento di paradigma nella giurisdizione: il canone della legalità in senso forte – un controlimite per dirla con la Consulta (Corte cost., ord. n. 24 del 2017) – viene eroso da una nuova forma di legalità, "debole" perché non saldamente ancorata alla legge e, conseguentemente, plasmabile perché lasciata all'agile creazione giurisprudenziale.

### ***Occorre tornare a ragionare in termini di sistema, principi generali, valori costituzionali del processo***

I guasti sistematici e l'impatto negativo della novella del 2017 sui principi fondamentali del processo e sul ruolo della funzione giurisdizionale mi paiono evidenti. Occorre che la giurisprudenza, gli avvocati e gli studiosi si riappropriino, ciascuno nei rispettivi ambiti, del proprio ruolo in chiave di garanzia dei diritti fondamentali e del canone della legalità.

Sul versante giurisprudenziale, in un sistema in cui il giudice resta soggetto soltanto alla legge, ma alla legge è soggetto, il rimedio all'insipienza del legislatore non sta nel giudice "creatore di norme". Piuttosto, va valorizzata la sua funzione di garante della legalità processuale: un giudice solerte e fermo sollecitatore dell'intervento della Consulta attraverso questioni di legittimità costituzionale. E qui il ruolo dell'avvocato nella società moderna è decisivo: parafrasando il pensiero di Piero Calamandrei, l'avvocato deve adempiere ad un ruolo sempre più propositivo al riguardo.

Sul versante accademico, la dottrina deve tornare a perseguire una funzione guida: lungi dal limitarsi a esegesi ricognitive dell'esistente, strappando - a fatica - deboli norme di garanzia da disposizioni mal costruite e orientate da intenti meramente efficientistici, occorre che la dottrina - nuovamente, come nel ventennio che precedette l'introduzione del codice del 1988 - fornisca un «modello direttivo» capace di orientare il legislatore (LUZZATI), non rassegnandosi alle incertezze della post-modernità giuridica e alla primazia assunta dal formante giurisprudenziale.

In breve, occorre che ciascuno torni a ragionare in termini di sistema, di principi generali, di valori costituzionali del processo. Questa mi sembra l'unica risposta alla voce di Robespierre, tornata prepotentemente attuale, che nel processo contro Luigi Capeto tuonava: «voi invocate le forme perché non avete la sostanza!».

Se non s'inverte la rotta, vedo profilarsi sensibili rischi nel medio e nel lungo periodo. Nel nostro assetto costituzionale, la legittimazione del giudice si fonda - e, aggiungo, deve continuare a fondarsi - sulla sua soggezione soltanto alla legge e, dunque, sulla rigorosa osservanza del principio di legalità, sostanziale e processuale. Avere consegnato nelle mani del giudice "creatore di norme" le «chiavi della legalità» (MAZZA), rischia d'indurre alla delegittimazione del potere giurisdizionale, perché l'incertezza derivante dal moltiplicarsi di interpretazioni apertamente creative può generare una forte sfiducia dei consociati verso il giudice, pernicioso per lo Stato di diritto.

Uno scenario che dovrebbe allarmare tutti.