

CONVEGNI

CRISTIANA VALENTINI

Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei.

Due fenomeni s'impongono ormai all'attenzione degli studiosi del processo penale: da un lato, la deriva, apparentemente inarrestabile, delle norme del codice di rito, assoggettate ad esegesi stravaganti, quando non apertamente violate senza conseguenze di sorta; dall'altro, il plauso di parte della dottrina verso la c.d. invenzione del diritto, da realizzare ad opera di un giudice che non deve più considerarsi sottoposto alla legge, intendendosi questa sottoposizione come "schiavitù" che paralizza le migliori qualità della *iurisdictio*. Dopo un minimo *excursus* compiuto attraverso pensieri sulla legalità processuale appartenenti ad altra temperie storica, l'articolo sottolinea come l'odierna svalutazione delle forme processuali, la torsione delle fattispecie ben oltre i limiti del testo, l'esaltazione di certi metodi interpretativi, siano tutte manifestazioni di teorie ritornanti, il cui comune substrato è la celebrazione di una amplissima discrezionalità del magistrato nell'applicazione delle norme del codice di rito; discrezionalità che, invece, non trova più alcun margine di compatibilità con il principio costituzionale del giusto processo "regolato dalla legge".

Two phenomena impose themselves by now to the attention of the researchers of the penal trial: on the one hand, the apparently unstoppable drift of the norms of the code of criminal procedure, subdued to eccentric exegesis, when not openly violating without consequences of sort; on the other hand, the applause of part of the researchers toward the c.d. invention of the right, from a judge that doesn't have to consider him submitted to the law anymore, this subjection intending itself as "slavery", that the best quality of the jurisdiction paralyzes. After a minimum excursus made through thoughts on the procedural legality belonging to other historical times, the article underlines how today's devaluation of the procedural forms, the twisting of the cases well beyond the limits of the text, the exaltation of certain methods of interpretation, are all demonstrations of returning theories, whose common substratum is the exaltation of a very wide discretion of the magistrate in the application of the rules of the code of criminal procedure, which has no margin of compatibility with the constitutional principle of the fair trial "regulated by law".

SOMMARIO: 1. Un pensiero di oggi - 2. Il pensiero di Piero Calamandrei - 3. Legalità - 4. La legalità del processo penale - 5. La legalità processuale e la Costituzione - 6. Brevi e provvisorie conclusioni.

1. Un pensiero di oggi.

Le presenti note nascono da una più ampia riflessione, dedicata alla (dis)applicazione giurisprudenziale ormai conclamata di molteplici regole - apicali e collaterali - del codice di procedura penale.

In questo contesto di analisi, accade di leggere uno tra i molti e brillanti scritti di Paolo Grossi, appena cessato Presidente della Corte costituzionale, di cui, per onestà intellettuale, si riporta il pensiero per esteso. Autointerrogandosi sulle conseguenze delle proprie idee, scrive lo studioso: «si impongono almeno tre domande inquietanti. La prima: se così è, allora il giudice *crea* il diritto».

to? Cui segue una seconda: se le sue sentenze sono *creative*, e la divisione dei poteri? E una terza: E l'articolo 101, secondo comma, della Costituzione? Rispondo dapprima alla seconda domanda. Oggi [...] è certo che quell'assillo separativo, segnato a tinte indelebili e ritenuto qualcosa di sacro e intoccabile, deve essere riletto criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza; oggi, come - del resto - lo stesso Ackerman suggerisce, bisogna "*to rethink Montesquieu's holy trinity*" alla luce di una "*reflection on the evolving lessons of experience*". Tanto più che quella separazione, da squisitamente garantistica com'era nell'enunciato montesquieviano, si era pian piano risolta durante il corso della modernità in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio di questo nella produzione del diritto.

Vengo alla terza domanda, concernente il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Io lo leggerei così: la soggezione del giudice *soltanto* alla legge intende salvaguardare la sua autonomia e indipendenza, non esprimere una relazione di tipo gerarchico. E farei una ulteriore considerazione a conferma di una siffatta lettura: se la formula fosse presa alla lettera, essa non sarebbe compatibile con il sistema della giustizia costituzionale incidentale. Rimane il primo dubbio sul giudice *creatore* di diritto, su sentenze *creative*. Uso, di mala voglia, un sostantivo e un aggettivo che suona spesso sulla bocca di giuristi imperterriti nelle proprie credenze legolatriche. Di mala voglia sì, perché, nella mia visione, il diritto non lo crea, a rigore, nemmeno il legislatore; ovviamente, tanto meno il giudice. Ripetiamolo a costo di esser monotono: l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il *reperimento*. E non si creda che io voglia risolvere tutto in un gioco di parole...»¹.

E, invero, effettivamente il sentire di Grossi è suonato ripetutamente negli ultimi anni nel senso del progressivo affinamento di questi concetti, che assegnano al giudice un ruolo ben più ampio di quello che credevamo affidatogli, il ruolo appunto (non di "creatore", ma) di "inventore" del diritto; il quale diritto, a sua volta, è delineato - con pennellate sempre più intense nel corso dell'evoluzione del pensiero dello studioso - come «qualcosa che si deve cer-

«...uno degli aspetti più paurosi della diffusa angoscia che travolge il mondo nei suoi spasimi è data dalla crisi del diritto: che si potrebbe anche più esattamente denominare crisi nella fiducia della legge. Non si tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi... si tratta di una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca con lo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente dal contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità». P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, 1942, in F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Milano, ed. 1968, 170.

¹ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in www.cortecostituzionale.it e ora in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, 92 e ss.

care e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva»².

Ora, la prospettiva del ricercatore del diritto processuale penale è sicuramente molto diversa da quella di uno storico come Grossi, e forse tende ad essere “legolatra” – per usare un’espressione dello stesso Grossi – a cagione della natura intrinseca della disciplina, sommamente vocata ad un ossequio alla forma, tutto sintetizzato nel motto per cui nel processo penale *la forme engage le fond*. Sarà, dunque, per questo che lo sconcerto del processualpenalista è intenso, dinanzi alle tesi di Grossi³: se è indiscutibile che la giurisprudenza inventiva (o creativa?) degli ultimi vent’anni, ha aperto a tutele prima sconosciute intere fasce di diritti soggettivi (si pensi alle sentenze in materia di genitorialità sociale)⁴, è altrettanto certo che lo stesso stilema giurisprudenziale, a partire dagli anni ’90, ha scavato nel codice Vassalli brecce tanto ampie quanto quelle che negli stessi anni realizzavano le bombe serbe sui palazzi di Sarajevo⁵.

Il discorso di Grossi possiede un vigore autentico, una vasta capacità espansiva, ed esprime (non per nulla) quello che è il manifesto retroterra culturale su cui si muove la Consulta, laddove spiega che il metodo interpretativo letterale, pur imposto dall’art. 12 delle preleggi, è un metodo «primitivo, sempre»⁶.

E, in effetti, la vasta deriva in cui versa la legalità processuale – il doveroso ossequio alle leggi processuali – è quantomeno consonante con questo sentire secondo cui il testo della legge è un dato svalutabile per principio e il giudice deve farsi “inventore” della legge, novello Archimede pronto ad escogitare soluzioni eclettiche per il caso concreto che gli venga sottoposto.

Non è casuale, allora, che – apprestandoci a scrivere queste righe – è tornata alla mente la sconsolata frase di Calamandrei che funge da esergo: a chi pensa che la garanzia stia nelle regole del procedere, il pensiero grossiano suscita angosce da fine dei tempi.

² Ancora parole di P. GROSSI, *Ultima verba*, in *L’invenzione del diritto*, cit., IX.

³ Analogo sconcerto è espresso da P. FERRUA, *L’inammissibilità del ricorso: tra diritto “vigente” e diritto “vivente”*, in *Cass. pen.*, 2017, 3006 e ss.; ma anche – seppure in misura meno netta – in D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica fra le Corti*, in *questa Rivista*.

⁴ Su cui si veda – in via di estrema sintesi – C. BENATI, *Prospettive di tutela della genitorialità sociale*, in www.rivistafamiglia.it.

⁵ Si leggano, per tutti, le pagine di P. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Orlandi e Negri, Torino, 2017, 3 e ss. e G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *questa Rivista*.

⁶ Così nella nota sentenza Corte cost., n. 1 del 2013.

2. Il pensiero di Piero Calamandrei.

Effettivamente è quasi un obbligo morale, per chi si accinga ad un discorso sulla legalità, dare considerazione autonoma alle idee di questo illustre studioso, uomo di grandissima cultura e versatile ingegno, ma – più ancora – provvisto di un senso etico profondo, che intrideva ogni sua riflessione.

Poche frasi nel cerebrale mondo dei giuristi colpiscono ancora oggi nell'intimo quanto quella, celebre, contenuta nell'ancor più noto "Elogio dei giudici scritto da un avvocato": «la giustizia c'è, bisogna che ci sia, voglio che ci sia. Voi, giudici, dovete ascoltarvi»⁷, frase riportata come pensiero di lui medesimo, che indossa la toga sulla soglia dell'arringa finale ed è assalito da pensieri «di scoramento».

Alcune analisi recenti del pensiero e della vita del giurista ne restituiscono in termini intensi i tratti peculiari: «ansia e lotta per la "legge giusta"; impegno per l'affermazione di quei principi del "giusto processo" che dispongono di una forte valenza costituzionale»⁸, ma soprattutto, secondo una bella immagine proprio di Grossi, «innamorato cantore della legalità»⁹, che fu il «tema/problema di tutta la sua vita di giurista».

Ecco qui, dunque, uno studioso del processo, appassionato avvocato del libero foro, che – dal primo dopoguerra sino alla sua precoce scomparsa, nel 1956 – batte e ribatte, anzi "martella costantemente" – volendo usare ancora un'efficace espressione di Grossi¹⁰ – proprio sul tema della legalità, per cui possiede un autentico assillo¹¹.

Alla luce della constatazione che la scienza del diritto penale sostanziale s'è affaccendata con il tema della legalità in maniera imparagonabilmente più cospicua di quanto abbia mai fatto il vicino versante processualpenalistico¹², vale la pena di rivedere oggi come un processualista del calibro di Calamandrei abbia fatto della legalità la storia intellettuale ed etica della sua vita.

Si è dovutamente sottolineato, da parte degli storici del diritto, che la parabola esistenziale di Calamandrei è segnata da una formazione di fiero illuminista,

⁷ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1959, 16, nell'edizione 1989 dell'editore Ponte alla Grazie.

⁸ E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 1 e ss.

⁹ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2009, 865 e ss.

¹⁰ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario*, cit., 867.

¹¹ Non per caso P. GROSSI intitola un denso capitolo dell'opera *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859/1950*, Milano, 1986, 142, a "Calamandrei e l'assillo della legalità".

¹² S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it.

ossessionato dall'idea della legge, della sua fattura, del suo esito interpretativo, una volta messa nelle mani di chi è chiamato ad applicarla al caso concreto, ovvero quella figura di giudice, che - anch'essa - viene continuamente a dominare le sue riflessioni.

Ne cogliamo una chiara eco nel pensiero di Benedetto Croce, che dedicò una breve recensione a due tra gli scritti più noti di Calamandrei, ovvero "La relatività del concetto di azione" e "Il Giudice e lo Storico".

Nota bene il filosofo: «il Calamandrei ammette che la cosiddetta applicazione della norma al fatto non è nel giudice un processo meramente conoscitivo, ma un atto pratico, col quale non applica ma crea la legge del caso singolo. Senonché egli è pensoso dello stimolo che questa dottrina filosofica può recare a un certo pericoloso avviamento, che già dà segni di sé nella società moderna, verso l'arbitrio del giudice, sciolto dai vincoli della legge»¹³.

Questo retroterra schiettamente illuministico¹⁴ - ricco dei timori dell'arbitrio giudiziale che avevano improntato l'opera del Beccaria¹⁵ - incrocia con orrore gli accadimenti dei regimi totalitari in Russia e in Germania, descrivendone le parabole *in iure* con termini che appaiono inquietanti per la somiglianza che le accomuna a certi quadri dell'oggi: «progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto;... aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni ma della stessa legge intesa come norma generale e astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso - tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio; nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo»¹⁶.

E se l'assillo della dilatazione dei poteri del giudice¹⁷ torna nel pezzo del "Il Giudice e lo storico" -assieme al timore per la «tendenza a ridurre

¹³ B. CROCE, *Recensione a due articoli di Piero Calamandrei*, in *La Critica, Rivista di Letteratura, Storia e Filologia*, 1939, 445.

¹⁴ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario*, cit., 869: «il portatore di una intensissima, quasi plagiante ideologia illuministica».

¹⁵ Come sottolinea D. NEGRI, *Splendori e miserie*, cit., 12.

¹⁶ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pt. 1, 22.

¹⁷ Che, in effetti, affiora ovunque nell'opera di Calamandrei; il lascito da lui effettuato per Gennaro Escobedo, nel noto caso della sentenza suicida, è tra i più aspri del prezioso libretto: la motivazione che contrasta col dispositivo è per lui un «sabotaggio», ovvero «il sintomo di un atteggiamento psicologico che mi sembra soprattutto pericoloso in un magistrato, il quale, investito di un ufficio in cui il primo dovere è quello della fedeltà alla legge, si stima superiore alla legge fino al punto di servirsi dei poteri che da questa gli derivano allo scopo di farsi beffe di essa». Così P. CALAMANDREI, *Sentenze sintomat-*

l'importanza della motivazione» e a «restringere le impugnative»¹⁸ - è con “La crisi del processo civile in Germania” che Piero Calamandrei delinea con crescente chiarezza dove corre il fulcro del suo pensiero in quella temperie, ricostruendo con maggior precisione l'*iter* dei mutamenti subiti dal processo nella Germania nazionalsocialista: «limitazioni sempre più penetranti del principio di legalità e corrispondente prevalenza sempre più decisa del potere discrezionale» descrive, e poi «abolizione delle forme processuali»¹⁹: formule magiche, per lui, di un inferno preannunciato.

È in questo stato d'animo di profonda rivolta contro il c.d. diritto libero²⁰ e i suoi cultori, scientifici e politici²¹, che si colloca quella che è stata definita «l'apologia delle forme processuali»²² che caratterizza le parole del Calamandrei nella Relazione ministeriale al nuovo codice di procedura civile del '41: «il nuovo codice anche nel campo delle forme processuali rimane fedele al sistema della legalità: la chiarezza e la lealtà dei dibattiti sarebbe messa in pericolo se le parti e i loro patroni non potessero conoscere in anticipo con sicurezza quale sarà lo svolgimento del processo che s'inizia; e troppo pericoloso sarebbe consentire alla discrezione del giudice la soppressione di qualsiasi forma di procedimento»²³.

Riassumendo, ai giorni nostri, le dure critiche di Calamandrei verso la svalutazione delle forme processuali, Guido Alpa ne sintetizza i termini in modo icastico: è un indirizzo «che trasforma il diritto in una scatola vuota, che consente all'interprete - peggio ancora se giudice, e giudice penale - di assumere per diritto la sua opinione personale»²⁴.

In quel non poter «conoscere in anticipo con sicurezza quale sarà lo svolgimento del processo che s'inizia» - quale naturale deriva dell'incertezza di forme processuali - si staglia, sullo sfondo, l'idea di “prevedibilità” (non solo)

che, in *Ancora sulle sentenze suicide. L'antimotivazione*, a cura di Escobedo, Città di Castello, 1942, p. 85.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pt. 1, 8.

¹⁹ P. CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, pt. 1, 130.

²⁰ Spiega bene il senso di questa “rivolta” di Calamandrei contro il c.d. diritto libero, G. ALPA, *Un atto di «fede nel diritto»*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Bari, 2008, 23 e ss., descrivendo quell'universo concettuale come espressione «di un sistema che colloca il sentimento del popolo al posto delle guarentigie della giustizia» (26).

²¹ G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello stato autoritario ed ermeneutica della reticenza*, in *Quaderni fiorentini*, 2008, 259, ricorda come proprio l'articolo “Il giudice e lo storico” Calamandrei ribadisca il suo incrollabile convincimento legalitario anche a fronte degli echi che in Italia si avevano delle dottrine giuridiche nazionalsocialiste «come la proposta carneluttiana del '35 di combinare “in giusta dose” legge ed equità nel diritto penale» (275).

²² G. CIANFEROTTI, *op. cit.*, 282, n. 106.

²³ Il passaggio è riportato da G. CIANFEROTTI, *ibidem*.

²⁴ Così G. ALPA, *Un atto di «fede nel diritto»*, cit., 26.

della decisione giudiziaria, ma della condotta del giudice nel processo; concetto vivido, che colpisce nel segno e illumina appieno, con decenni di anticipo, il marasma odierno.

Non per nulla, all'ossessione di Calamandrei per la legalità (e per la legalità del procedere in particolare) si congiunge il trasporto per quell'organo che al suo sguardo - non solo di insigne accademico, ma di appassionato rappresentante dell'avvocatura - appare come la massima forma di tutela giustappunto della legalità, ovvero la Cassazione, ideata allo scopo preciso di essere «organo di controllo sui giudici»²⁵.

Nell'ampio e a tutt'oggi insuperato studio sulla Corte di cassazione, cogliamo ulteriori segni del fatto che l'attenzione di Calamandrei alla legalità è *prioritariamente intesa come attenzione alla legalità processuale*.

Si pensi alla chiarezza sintattica e all'efficacia con cui il giurista propone un'esegesi tutt'ora originalissima dei vizi censurabili innanzi alla Suprema Corte che include all'interno dei medesimi gli *errores in procedendo* tutte le volte in cui l'errore, pur cadendo su di un precetto processuale sfornito di sanzione, sia generato da un'erronea esegesi della norma del codice di rito risultante dalla motivazione giudiziale. Si osservi meglio.

Conscio del fatto che solo alcuni, tra i molti possibili *errores in procedendo*, erano (e sono) considerati censurabili in cassazione, Calamandrei enunciava la *species* di quei vizi che hanno natura *duplice* in quanto l'*error in procedendo* deriva da un vizio di giudizio sulla norma processuale²⁶.

Esistono errori nel procedere che sono enumerati dal codice come errori capaci di legittimare l'annullamento, e per essi - spiegava Calamandrei - il vizio di giudizio nell'esegesi della norma processuale non conta affatto perché per essi è l'errore processuale in sé, da qualunque cagione provocato, ad essere causa di cassazione della sentenza.

Epperò al novero assai ristretto di siffatti *errores in procedendo* deve aggiungersi giustappunto -secondo l'impostazione in parola - quello degli errori di procedura i quali, pur non inclusi nel catalogo dei vizi censurabili, risultano *contra legem* in base alla espressa pronunzia del giudice: «quando sulla interpretazione da darsi a una norma processuale sorga conflitto tra le parti, il giudice sarà costretto, prima di procedere, a compiere, in una sentenza interlocutoria o nella stessa sentenza di merito, un vero e proprio *giudizio* (in senso tecnico) sulla esistenza di una concreta volontà di legge processuale: e siccome in questo giudizio egli potrà ricorrere in uno di quegli *errores in iudican-*

²⁵ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, Vol. II, Napoli, 1920, 31.

²⁶ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 294 e ss.

do (violazione in senso stretto, erronea interpretazione, falsa applicazione di legge *processuale*) che sono compresi nel n. 3 dell'art. 517, potrà darsi che la sua sentenza... diventi denunciabile in cassazione per *error in iudicando*, quantunque l'*error in procedendo* derivante dal vizio di giudizio non rientri tra quei vizi di attività tassativamente enumerati dalla legge, che possono, *di per sé*, costituire motivi di cassazione» [corsivi dell'autore].

L'esegesi, poi, è fondata su di un assunto di estremo interesse per una ricerca sulla legalità delle norme processuali: «la profonda differenza che passa tra il caso in cui il giudice decide su una volontà di legge concernente le parti e una volontà di legge concernente lui stesso, non toglie che anche in questo secondo caso sussista l'interesse sociale alla esatta e alla uniforme interpretazione giurisprudenziale della legge: anzi, proprio nel campo del diritto processuale questo bisogno della uniformità... è più urgentemente sentito che nel campo del diritto sostanziale»²⁷.

Qui si staglia un importante aspetto di riflessione, che coglie il dato storico per cui già sulle soglie degli anni '30 un illustre studioso - oltretutto professionista quanto mai vicino all'universo empirico del processo toccato con mano - rilevava come «*il bisogno di controllo sull'applicazione giudiziaria delle norme processuali fosse addirittura più intenso che per le norme sostanziali*». La virtuosa esegesi di Calamandrei non era destinata ad attecchire in alcuna guisa, restando priva di echi tanto in dottrina²⁸, quanto in giurisprudenza: nell'(apparente) aporia del costrutto secondo cui le norme processuali sfornite di sanzione sarebbero denunciabili *sub specie* di *errores in iudicando* si cela, in effetti, una delle maggiori difficoltà a concedere compiuta cittadinanza al principio di legalità con riferimento alle norme processuali.

Ma è bene tornare agli svolgimenti successivi del pensiero di Calamandrei.

L'evoluzione del suo ragionamento sulla legalità è magistralmente descritta dalla disamina storica²⁹ come un *iter* denso e doloroso della coscienza, passata attraverso l'altoforno della guerra, della dittatura, delle leggi razziali, esperienze - tutte - che non potevano non incidere sul nesso tra quegli orrori e l'ossequio al diritto positivo.

Di qui qualcuno compie la deduzione per cui Calamandrei sarebbe stato indotto ad un «ripensamento fondamentale», in cui compare l'idea di «una

²⁷ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 297.

²⁸ Sia consentito rinviare, sul punto, alle riflessioni spese qualche anno fa da chi scrive: C. VALENTINI, voce *Ricorso per Cassazione*, in *Dig. Pen.*, VI Agg., Torino, 2011, II, 526, in particolare a 530 e ss., con riferimento agli *errores in procedendo*.

²⁹ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario*, cit., 6 e ss.

nuova legalità, che vede il giudice come protagonista» e che non è più in alcuna guisa «obbedienza cieca alla volontà autoritaria fermata in un testo»³⁰.

All'apice di questa svolta, Calamandrei avrebbe adottato – si osserva ancora – «un atteggiamento metodologico sempre più marcatamente antiformalista»³¹.

Sono molti gli scritti che vengono addotti a dimostrare il *revirement* e l'abbandono della vecchia ossessione per l'ossequio del giudice al testo della legge; tra i molti, merita forse esaminare quello che Calamandrei realizzò solo pochi mesi prima di morire, ovvero la nota arringa "In difesa di Danilo Dolci"³².

Una breve sintesi di questo processo passato alla storia³³, giova alla ricostruzione.

Danilo Dolci – intellettuale triestino – era stato arrestato per aver promosso una manifestazione di protesta contro le autorità da parte di un gruppo di disoccupati, giunti alla situazione di morte per fame³⁴. La sostanza della manifestazione era stata assolutamente pacifica, consistita com'era nell'avvio, da parte dei disoccupati, di lavori di sterramento di una strada comunale in stato di abbandono, quale dimostrazione *per facta concludentia* che il lavoro esisteva, sia pure a favore della comunità, e che era quindi spietato consentire che esseri umani patissero la fame nonostante la piana esistenza di possibilità di impiego. Poco dopo l'inizio della manifestazione (ovvero dei lavori di sterramento della strada comunale) «arrivano i soliti commissari... e questa volta non si limitano alle diffide. Questa volta fanno di più e di meglio: aggrediscono questi uomini mentre pacificamente lavorano a piccoli gruppi dispersi sulla trazzera, strappano dalle loro mani gli strumenti del lavoro, li incatenano e li trascinano nel fango, tirandoli per le catene come carne insaccata, come bestie da macello»³⁵.

Ebbene. Questa arringa è letta come «uno specchio schietto dei succosi ripensamenti dell'ultimo Calamandrei», che «incarna il più sentito elogio dei giudici e del loro ruolo», ovvero «il nuovo, decisivo ruolo del giudice come autonomo produttore di diritto»³⁶.

³⁰ Sono parole di P. GROSSI, *op. cit.*, 11.

³¹ Così W. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in *Fede nel diritto*, cit., 6 e ss.

³² P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in *Il Ponte*, XII, 1956, 529 e ss.

³³ Si veda, sulla vicenda, il volume dello stesso protagonista: D. DOLCI, *Processo all'art. 4*, Palermo, 2011, *passim*.

³⁴ La vicenda umana, lo sciopero "pacifista", la reazione poliziesca e il processo, furono accadimenti molto noti che valsero al Dolci l'appellativo di «Gandhi del Sud»; v. l'articolo di A. CRISANTINO, *La protesta di Dolci. Lo sciopero alla rovescia che cambiò le coscienze*, in www.laRepubblica.it.

³⁵ La ricostruzione è tratta dal testo medesimo dell'arringa.

³⁶ P. GROSSI, *Lungo l'itinerario*, cit., 10.

Ora, simile lettura è senz'altro guidata dal sentire profondo dello studioso che la esprime, lo stesso - rammentiamo - che è convinto sostenitore dell'idea secondo cui «dovremmo toglierci di dosso quella veste strettissima dell'esegesi che la modernità ci ha buttato sulle spalle rendendoci servi della legge. Dovremmo smettere di gloriarci di questa servitù, che ci impedisce di svolgere il ruolo che ci viene attualmente richiesto; che non è il ruolo di esegeti, bensì di interpreti, interpreti/inventori»³⁷.

Sia consentito divergere dall'autorevole opinione, da parte di chi, giusto al contrario, nutre un reale timore che "l'inventiva" dell'interprete/giudice diventi entità incontrollabile e che la garanzia delle forme processuali finisca definitivamente eclissata da una giustizia informale, resa sulla scorta di regole sostanzialmente insondabili: questo diverso sentire consente di cogliere come nel *revirement* di Calamandrei non vi sia in alcun modo l'accettazione di un nuovo ruolo del giudice quale «autonomo produttore di diritto», quanto piuttosto il richiamo al "nuovo" (esso sì) dovere del giudice dell'Italia repubblicana di adoperare la Costituzione quale indispensabile strumento interpretativo delle leggi dello Stato e delle persistenti leggi fasciste in particolare.

Un richiamo alla legalità, ancora una volta; la *legalità costituzionale*, non certo la creatività dell'interprete che sente lo spirito del tempo.

Numerosi sono i passaggi del testo che denotano come questo e non altro fosse l'intento e lo spirito di Calamandrei, sicché nessuna interpretazione postuma può accreditare l'idea che mai egli abbia inteso plaudere ad un nuovo ruolo del giudice come "autonomo produttore di diritto".

Anzitutto la descrizione dell'abbrivio della vicenda, dove il grande giurista ricostruisce i termini del fatto storico, così da lasciar percepire l'illegalità (pubblica, delle autorità) cui i disoccupati manifestanti avevano (pacificamente) reagito: «i pescatori locali non hanno più da pescare; la sistematica rapina dei motopescherecci appartenenti a grandi società organizzate e protette dalle autorità, condanna i piccoli pescatori a morire di fame. Ricorrono alle autorità; ma le autorità non provvedono. Protestano, ma le autorità non ascoltano. Il contrabbando continua: qualcuno pensa che le autorità siano d'accordo con i contrabbandieri»³⁸. La situazione di povertà dei pescatori è tale che una bambina muore di fame tra le braccia di Danilo Dolci.

Questo *incipit* dell'arringa tratteggia già, abilmente, un primo substrato giuridico che l'avvocato Calamandrei porge al suo uditorio di giudici: alle radici della condotta imputata si trovava una situazione di (giustappunto) illegalità, di

³⁷ P. GROSSI, *Verso il domani. La difficile strada della transizione*, in *Percorsi giuridici*, cit., 40.

³⁸ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., 533.

mancato rispetto della legge da parte di chi sarebbe stato chiamato ad applicarla, interrompendo la pesca non autorizzata dei motopescherecci e perseguendone i responsabili.

Fatta questa doverosa premessa, l'arringa passa alla disamina della presunta fattispecie delittuosa, ne enumera le condotte - il digiunare in pubblico, prima, la pulizia e lo sterramento della strada abbandonata, poi - e con amara ironia conclude: «rimane dunque inteso che digiunare in pubblico è una manifestazione sediziosa; che lavorare gratuitamente per pubblica utilità per rendere più pubblica una strada, è una manifestazione sediziosa». E dunque: «ci sono questi imputati: imputati di che? Mah... di nient'altro che di aver voluto anch'essi servire la legge: di aver voluto soffrire la fame e lavorare gratuitamente allo scopo di ricordare agli immemori il dovere di servire la legge»³⁹.

L'impostazione dell'arringa difensiva e il costruito giuridico sottostante sembrano chiari: i fatti commessi non rientravano nelle fattispecie delittuose contestate.

Ma a questa piana lettura dell'arringa come richiamo (appunto) dei giudici all'osservanza di una legge che comunque non consentiva di intendere le condotte contestate quale reato, seguono -come si avrà modo di notare a breve- fraseggi ancor più chiari, che lasciano intendere che il discorso di Calamandrei, invero, è solo *una ulteriore giunta legalitaria*.

Lo sciopero pacifista di Danilo Dolci era stato svolto e pubblicizzato sulla base giustappunto dell'(allora) nuova Carta Fondamentale e del suo diritto al lavoro, proclamato dall'art. 4. Ed ecco perché, nel corpo dell'arringa, si legge un noto passaggio, che meglio di ogni altro spiega il senso del testo: «al centro di questa vicenda giudiziaria c'è, come la scena madre di un dramma, un dialogo tra due personaggi, ognuno dei quali ha assunto, senza accorgersene, un valore simbolico. È ... il dialogo eterno tra Creonte e Antigone, tra Creonte che difende la cieca legalità e Antigone che obbedisce soltanto alla legge morale della coscienza, alle "leggi non scritte" che preannunciano l'avvenire... Nella traduzione di oggi, Danilo dice: "per noi la vera legge è la Costituzione democratica". Il commissario De Giorgi risponde: "per noi unica legge è il testo unico di pubblica sicurezza del tempo fascista". Anche qui il contrasto è come quello tra Antigone e Creonte: tra la umana giustizia e i regolamenti di polizia; *con questo solo di diverso, che qui Danilo non invoca leggi "non scritte". (Perché, per chi non lo sapesse ancora, la nostra Costituzione è già stata scritta da dieci anni)*» [corsivo nostro]; di qui il monito per cui «la funzione

³⁹ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., 530.

dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione»⁴⁰.

Limpido il significato in termini di diritto: non solo le condotte contestate non manifestavano, obiettivamente e in base alla legge, gli estremi della “manifestazione sediziosa”, ma erano da considerarsi altresì *un privilegio riconosciuto dalla Costituzione Repubblicana* e in questo discorso nulla attesta di più il persistente omaggio di Calamandrei alla legalità di quelle veloci e fulminanti battute con cui ricorda ai giudici che anche la Costituzione era legge *positiva* e che «per chi non lo sapesse» lo era da un decennio.

In buona sostanza, il pensiero dell'ultimo Calamandrei non fu – ci sembra – un ripensamento sulla discrezionalità giudiziale e sulla forza creatrice della giurisprudenza, ma solo l'estremo, convinto, omaggio a quell'altra e più alta legge che egli stesso aveva contribuito a creare, ovvero la Costituzione.

Resta intatta, dunque, la forza del suo insegnamento e del messaggio ripetuto una vita intera: il valore della legalità, seppure integrata con la nuova legalità costituzionale.

3. Legalità.

Si fa presto, però, a dire “legalità”. Occorre anzitutto notare come nel contesto politico e mediatico l'uso della parola risulti degradato a motto populistico, dove richiama vaghe idee di giustizialismo⁴¹, che penetrano pericolosamente l'ambito dei significati possibili, includendovi anche quelli che in assenza la negano.

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., 536.

⁴¹ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 376, parla di legalità nel senso di una «categoria teorica (nata in un contesto storico e ideologico ormai alle spalle), che non corrisponde più alla sua reale identità», sì che occorrerebbe persino abbandonare il termine, epperò nota pure che varrebbe la pena di conservarlo nonostante tutto «perché la parola “legalità” si è profondamente radicata non solo nel lessico tecnico dei giuristi, ma anche e soprattutto nel linguaggio politico e comune, dove legalità evoca una costellazione di valori positivi per cui vale la pena combattere. Legalità, sulla bocca dell'uomo della strada che brandisce la parola come un'arma simbolica contro le malefatte del potere, significa, in fondo, giustizia». Insomma, parrebbe di capire che il concetto di legalità in sé non varrebbe più nulla, quale ripudiata categoria teorica del passato, ma il termine dovrebbe essere conservato come luminoso miraggio dell'uomo comune. La legalità – viene da dire – quale graziosa immagine consolatoria a beneficio dei consociati, stile icona cattolica.

Non così negli studi scientifici, dove legalità è, in essenza ed icasticamente, quel principio «in virtù del quale i pubblici poteri sono soggetti alla legge, di tal ché ogni loro atto dev'essere conforme alla legge a pena di invalidità»⁴².

Principio affascinante ed evocativo, collegato a prima vista con quello della riserva di legge, della separazione dei poteri e, via via risalendo, sino al cuore dello Stato di diritto *legislativo*, quale concepito nella tradizione europea continentale⁴³; tanto che la sua crisi viene considerata come implicante proprio la crisi del *concetto stesso* di Stato di diritto⁴⁴.

Affascinante, seppure penalizzato dalla mancanza di fondamenta normative indiscusse: diciamo “legalità”, intendendo un *input* forte, ma nonostante quest'invadenza della parola, non si è discusso poco su quali siano, nel diritto positivo, agganci utili alla dimostrazione dell'esistenza di un *generale* principio di legalità nei termini in cui sopra enunciato, ovvero come canone di soggezione di ogni potere pubblico alla legge. Insomma, mentre il settore delle norme penali sostanziali appare coperto dall'art. 25, comma 2, Cost., non è stato semplice fornire di un referente costituzionale il principio di legalità come sopra inteso, ovvero quale doverosa legalità dell'azione di *tutti* i pubblici poteri.

Il canone, infatti, si scompone tradizionalmente (e logicamente) in due rami: legalità dell'azione del potere pubblico significa, da un lato, *legalità dell'azione dell'esecutivo*, dall'altro *legalità dell'attività giurisdizionale*⁴⁵, mentre, poi, di principio di *legalità dell'azione legislativa* può parlarsi solo con riferimento alla c.d. legalità materiale, ovvero ai vincoli derivanti dalla Costituzione⁴⁶.

Comprendiamo persino intuitivamente che legalità significa appunto questo, ovvero una condizione di validità per gli atti del potere esecutivo come del

⁴² È la definizione d'abbrivio di R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1996, 85 e ss.

⁴³ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, 79 e ss.

⁴⁴ Si veda l'analisi di S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 e ss.

⁴⁵ Illuminanti le letture di R. GUASTINI, voce *Legalità*, cit., 90 e S. FOIS, voce *Legalità, passim*, ma si veda pure quanto si legge in un saggio recente: «ho più volte distinto questo principio in due principi, di cui il primo è il presupposto del secondo e il secondo è una garanzia del primo: il principio di mera legalità o di legalità formale che impone la soggezione alla legge di qualunque potere, da esso vincolato a quanto dalla legge stabilito, e il principio di stretta legalità o di legalità sostanziale, che impone la soggezione alla legge della legge medesima, cioè dello stesso potere legislativo, da esso vincolato anche nei contenuti normativi»; così L. FERRAJOLI, *La logica del diritto: Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, 117.

⁴⁶ Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 85.

potere giurisdizionale⁴⁷, che possono muoversi solo nell'ambito della legge; ma dove fondare positivamente l'assunto?

Senza voler ripercorrere molteplici discussioni teoriche, l'aggancio del principio di legalità in generale all'art. 101, comma 2, Cost. sembra assai convincente⁴⁸, assieme con l'idea che proprio la soggezione del Giudice alla legge sia il cuore del concetto di legalità, visto che esattamente al Giudice è affidato il compito di giudicare circa l'osservanza dell'ordinamento giuridico da parte dei consociati e, d'altra parte, egli deve (appunto) farlo, restando soggetto alla legge⁴⁹.

Altrettanto inconfutabile sembra lo stretto, anzi inestricabile rapporto che corre tra il principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri e il principio di *riserva di legge*⁵⁰.

Il dato è piuttosto evidente laddove si rifletta su quelle che sono state identificate come le due essenziali *condizioni di efficacia* del principio di legalità: la legge può limitarsi a conferire un potere ad un soggetto pubblico senza disciplinarne affatto le «regole d'esercizio»⁵¹ di carattere sostanziale e procedurale, ma in tal caso esso sarebbe per definizione un potere arbitrario ed evidentemente incontrollabile; dunque la prima condizione di efficacia della legalità d'azione dei pubblici poteri sta nel fatto che *la legge (non solo conferisca, ma) disciplini le regole d'esercizio del potere* medesimo. La seconda condizione d'efficacia del principio di legalità risiede, poi, nella sussistenza di *controlli di validità/legalità* sugli atti dei pubblici poteri, in assenza dei quali «la violazione della legge resterebbe priva di sanzioni o di rimedi»⁵².

È, allora, piuttosto evidente che la prima «condizione di efficacia» della legalità (la disciplina delle regole d'esercizio del potere) si concretizza proprio in quel peculiare carattere della riserva di legge, secondo cui essa non impone solo un certo rapporto tra fonti, ma anche *un obbligo al legislatore (nelle materie riservate) di disciplinare compiutamente la materia* «non lasciando ad altri lo spazio per intervenire»⁵³.

⁴⁷ R. GUASTINI, *op. cit.*, 87.

⁴⁸ S. FOIS, *op. cit.*, 687.

⁴⁹ S. FOIS, *op. cit.*, 687.

⁵⁰ L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990 e ID., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

⁵¹ L'espressione è di R. GUASTINI, voce *Legalità*, cit., 88, ma più diffusamente sul punto si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, *passim*.

⁵² R. GUASTINI, *op. cit.*, 88.

⁵³ Così L. CARLASSARE, voce *Legge*, cit., 5.

È in questo spazio definitorio che occorre notare con quanta insistenza⁵⁴ si ripeta un concetto ulteriore: il principio di soggezione alla legge dei pubblici poteri esige *l'espansione massima della disciplina legislativa* in tutti i casi in cui l'oggetto disciplinato sia il potere *giurisdizionale*.

Qui il potere pubblico (lo specifico potere di *iurisdictio*) dev'essere non solo limitato nel suo esercizio (limiti negativi), ma anche vincolato dalla predeterminazione del contenuto degli atti, *con esclusione del conferimento di poteri discrezionali*, e merita notare pure come questo dato sia espresso in modo del tutto pacifico, con l'unica *nuance* concessa allo spazio di discrezionalità implicito nell'attività interpretativa della legge.

Nella teoria del diritto, diciamo allora, il principio di legalità e le sue condizioni d'esistenza sono limpide, apparentemente prive di snodi che ne palesino la criticità.

La legalità dell'azione di tutti i pubblici poteri risulta scandita dall'art. 101, comma 2, Cost.; condizione d'efficacia della legalità è la *disciplina dell'azione* dei poteri pubblici, sicché, nelle materie coperte da riserva di legge, il legislatore è tenuto a dettare disposizioni che tengano conto del fatto che al rigore della disciplina del potere pubblico *è direttamente connessa la garanzia dei diritti dei singoli*: massima in caso di disciplina vincolata; minima in caso di disciplina discrezionale⁵⁵. La materia penale è, poi, certamente coperta dalla riserva di legge di cui all'art. 24, comma 2, Cost. e 111 Cost.⁵⁶; a ciò si aggiunga come risulti assolutamente indiscusso che il potere giudiziario sia concepito come potere sempre, per definizione, vincolato, con l'unica eccezione data dagli spazi di discrezionalità impliciti nell'opera di interpretazione.

Lo schiaffo che una simile chiarezza ricostruttiva riceve dai dati empirici, non potrebbe essere più forte.

La ricostruzione vive, infatti, sullo sfondo di una crisi conclamata praticamente in ogni ambito di disciplina dell'ordinamento giuridico: di crollo della legalità non parlano solo gli studiosi del diritto penale sostanziale, dove essa appariva presidiata dal nucleo indiscutibile dell'art. 25, comma 2, Cost.; ne dibattono gli storici del diritto⁵⁷, notando come nella storia europea non vi sia stata epoca «nella quale la legge non abbia creato campi di tensione, in misura

⁵⁴ Il concetto è chiarissimo in S. FOIS e L. CARLASSARE, ma ripetuto insistentemente da R. GUASTINI e L. FERRAJOLI.

⁵⁵ Straordinariamente chiaro, sul punto, ancora R. GUASTINI, voce *Legalità*, cit., 89.

⁵⁶ Come ricorda L. CARLASSARE, voce *Legge*, cit., 6 e ss., proprio i rapporti tra il principio di legalità e la riserva di legge sono stati complicati dalle riflessioni sui concetti di riserva assoluta e relativa.

⁵⁷ E' recente il contributo di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, *passim*.

maggiore o minore, con altre fonti di diritto di carattere non legislativo»⁵⁸; ne discutono intensamente - è chiaro - i filosofi del diritto⁵⁹, come pure gli studiosi del diritto pubblico e del diritto amministrativo⁶⁰.

L'elenco è sicuramente insufficiente e diciamo subito che giammai potrebbe dar conto compiuto di un dibattito sulla legalità che ha assunto proporzioni definibili endemiche, a voler usare un termine che contenga una denotazione inesorabilmente negativa, in virtù dell'assoluta inutilità dello sforzo.

Quest'ultimo assunto, poi, è ripetuto, tanto che si nota come il livello attuale della crisi consenta di «intravedere criticità che si estendono alla *riserva di regola*» ossia alla concezione stessa della legalità quale «parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice», come esige l'art. 101, comma 2, Cost.⁶¹; e non meno amaramente si osserva che quello della legalità penale «appare, invero, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità»⁶².

Si spiega bene, in questa prospettiva, la moltiplicazione di letture che enunciano in toni stentorei la sostanziale archiviazione del principio di legalità, cui dovrebbe sostituirsi un concetto nuovo, duttile, che gli consenta di espandersi di continuo, in relazione alle esigenze di mutamento espresse dalla società⁶³. Il pensiero di Grossi è certo emblematico⁶⁴ di questa temperie indotta dalla crisi del principio di legalità: «crisi ha... ai miei occhi, il significato alto e positivo di una rimozione di credenze mitologiche, troppo riduttive per un diritto che il

⁵⁸ C. STORTI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi delle legalità'*, in *La legalità e la crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, 2016, XIII.

⁵⁹ Terreno d'indagine in cui il problema della legalità s'incontra inesorabilmente con quello dell'ermeneutica, come si darà conto in seguito. L'opera più recente, sul punto, è il già citato volume di L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., *passim*.

⁶⁰ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, 2007, *passim*.

⁶¹ Così F. GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, 78.

⁶² A. GALGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99.

⁶³ Esempio in tal senso la posizione di VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., *passim*.

⁶⁴ Non per nulla scrive L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, www.questionegiustizia.it: «una polemica ancor più radicale con la tradizione illuministica e un rifiuto ancor più esplicito e netto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge quali "mitologie della modernità" sono infine espressi dal terzo orientamento sopra ricordato: quello che ha il suo più convinto e illustre sostenitore nell'autorevole storico del diritto Paolo Grossi e che ben possiamo chiamare neo-pandettista per l'opposizione istituita tra la legge quale "espressione della pura volontà potestativa" del sovrano e il diritto quale "immemorabile patrimonio consuetudinario", nonché per il ruolo di fonte del diritto assegnato al giudice, concepito come "organo della coscienza sociale grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto". Sul piano epistemologico questo indirizzo grossiano si richiama all'ermeneutica. Ma ben più deciso è il rifiuto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, stigmatizzati come moderne "divinità protettive"».

costituzionalismo novecentesco, l'ordinamento giuridico europeo in costruzione e la globalizzazione giuridica esigevano ben al di fuori del ristretto cono d'ombra dello Stato e della legge. Recuperando il nesso simbiotico con la società che la modernità aveva puntigliosamente resecato, in coerenza con le richieste di un tempo percorso da una rapida transizione e basilarmente nuovo rispetto allo statico tempo ottocentesco, la strada da imboccare era (ed è) una sola: riscoprire - con il riscoperto pluralismo della nostra Carta costituzionale, del diritto europeo e globale - la complessità del diritto: un ordine giuridico complesso, dove la fonte autoritaria della legge è *solo uno dei molti canali di produzione giuridica*. Insomma, lontani dalle chiusure di un diritto legale e affrancati dalle mitologie che fittiziamente lo fondavano, *riscoprire un diritto aperto a registrare tutte le voci emergenti dalla società*⁶⁵.

Dunque, da un lato si staglia la chiarezza del principio e dei suoi corollari, dall'altro il dato empirico manifesta una costante e indefessa violazione del canone, degradato infine ad un "mito" di cui occorre sancire una volta per tutte il superamento.

In questo senso, la parabola professionale ed esistenziale di Calamandrei, sopra tracciata, risulta come la metafora di *un eterno ritorno di pensieri dissolutori della legalità*, un eterno ritorno che definisce la legalità come problema, prima ancora che come principio.

Sembra evidente che coloro i quali vedono nella crisi un momento di evoluzione, vedono pure nella trasformazione della legalità in concetto che include la c.d. giurisprudenza creativa (o inventiva?), un disvelamento della sua vera e migliore natura, libera dalle pastoie di una legge sempre più vuota e inefficiente nella sua pretesa d'inclusione di tutto il reale.

Altrove, giusto al contrario, il fenomeno viene stigmatizzato con termini che denunciano *ex se* la gravità di quella che è appunto letta come patologia, enunziando il passaggio esiziale da uno Stato di diritto (*Gesetzstaat*) ad uno Stato dei giudici (*Richterstaat*), portatore della cancellazione del concetto di tripartizione dei poteri⁶⁶.

4. La legalità del processo penale.

In questo dibattito ormai annoso - peraltro sterilizzato dall'assoluta indifferenza alle critiche da parte del formante giurisprudenziale - occorre identifi-

⁶⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, IX.

⁶⁶ È il titolo del volume di B. RUTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr Siebeck, 2. Aufl., 2016.

care la posizione della dottrina dedita allo studio del processo penale e delle sue regole.

È assai noto come anni di disamine del sistema processuale di Alfredo Rocco ne avevano rivelato, tra i punti di frizione più intensi col dettato della Costituzione e delle regole convenzionali europee, proprio l'assenza di limiti effettivi a quel particolare "pubblico potere" che è rappresentato dall'esercizio della *iurisdictio*, assenza di limiti condensata nel concetto di discrezionalità del magistrato, interpretata come sostanziale inesistenza di vincoli effettivi nell'emissione di provvedimenti limitativi della libertà personale, come pure nella gestione del nucleo vivo del processo, ossia della prova, al punto tale che la condotta giudiziale finiva descritta come «arbitrio»⁶⁷ e l'informalità delle procedure come «bulimia» istruttoria⁶⁸, mentre la libertà valutativa era ricondotta con ironia alle superiori virtù incluse nella formula del libero convincimento⁶⁹.

In questo senso la dottrina italiana partiva, letteralmente, da un universo concettuale fondato sulla constatazione della sostanziale libertà del giudice nel procedere, nel valutare, nel decidere; libertà paradossale, quando ad essa di contrapponeva l'ovvio concetto di "dovere" come titolo caratterizzante l'attività del pubblico ufficiale/magistrato⁷⁰.

A questo punto di partenza era susseguita quella che intendeva essere - ed anzi aveva tutte le intenzioni e le capacità di essere⁷¹ - una svolta epocale, che avrebbe imbrigliato l'attività giudiziale nelle maglie di un procedimento intesuto di regole e, in particolare, di un procedimento probatorio, prima, e di un'opera di valutazione, poi, mai mai postulati come *legibus soluti*, ma anzi saldamente vincolati ad un sistema di regole di esclusione e regole di valutazione, il cui rispetto doveva emergere dalla motivazione del *decisum*.

Senza dubbio il nuovo codice era un prodotto perfettibile, destinato ad essere limato alla prova dell'esperienza, al pari di ogni vero *novum*, ma non può neppure dubitarsi che fosse splendido nella sua pretesa di ricondurre il pro-

⁶⁷ Si rilegga, in questa prospettiva, G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3 e ss.

⁶⁸ L'espressione e il pensiero sono tipicamente corderiani e ricorrono continuamente, a partire dagli scritti più risalenti dell'autore; v. F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

⁶⁹ Sul punto inevitabile il rinvio a M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, *passim*.

⁷⁰ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, *passim*.

⁷¹ Sottolineature in E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 e ss., e M. NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71 e ss.

cesso al suo essere propriamente “giusto”, come l’avrebbe poi definito l’art. 111 Cost. in versione innovata.

Non può dubitarsi, insomma, che i legislatori del codice Vassalli avessero avuto ben presente *l’idea di legalità del procedere*, perché – da eredi del pensiero di Calamandrei – avevano concepito il codice *esattamente allo scopo di arginare l’arbitrio del magistrato* nella *iurisdictio* penale; il dato appare evidente dalla lettura delle voci dottrinali dell’epoca, tutte arroccate – pur nella diversità di posizioni – attorno all’assunto che *quello fosse il male, l’arbitrio del giudice nel procedere*, la mancanza di vincoli in un’opera (quella dello *iudicare*) che per definizione si suppone vincolata a regole ricostruttive e valutative.

Insomma, i temi della legalità della procedura e della legalità dell’accertamento erano, nella sostanza delle cose, la presa di posizione su cui si fondava l’intera opera riformatrice del 1989.

Come sono andate le cose è storia di oggi: annebbiata dalla certezza di aver respinto l’immagine del magistrato onnipotente del codice Rocco, la dottrina ha assistito con sgomento crescente al primo disfacimento delle garanzie all’inizio degli anni ’90, quasi incredula dinanzi ad un fenomeno che si credeva di aver bandito assieme al codice previgente.

È proprio nella prima metà degli anni ’90, in effetti e non per caso, che si torna esplicitamente sull’idea di legalità processuale, enucleandola come valore a sé stante, violato dal diritto vivente.

Vale la pena di iniziare l’analisi da uno scritto del 1995 di Massimo Nobile, in cui lo studioso s’interroga sulla specifica legalità del procedere, stagliando alcune considerazioni che appaiono curiosamente adatte a qualificare la realtà odierna: il primo rilievo era quello che registrava un complessivo spostamento del sistema penale da uno «concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato» e questo primo rilievo è di tale pregnanza, per l’autore, da definirlo come «la principale chiave di lettura» del tema⁷². Di lì, e lungo una serie di ragionamenti, il maestro bolognese dipana un quesito: «la procedura è ancora intesa, oggi, come regola superiore e come limite al potere della magistratura?»⁷³.

Solo pochi anni più tardi, l’interrogativo proposto sembrava viepiù attuale, così da parlarsi di «smarrimento diffuso a fronte del concetto di legalità»⁷⁴, la cui analisi lo restituisce come dovuto in parte a situazioni caratterizzate da una

⁷² M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 650 e ss.

⁷³ M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., 651.

⁷⁴ N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989 e ss.

(sperabile) contingenza di ribellione della magistratura rispetto alla legge⁷⁵, in altra parte allo scadimento tecnico della legislazione.

In un passaggio interessante, si nota: «la crisi della legalità processuale è maturata attraverso l'imporsi in via privilegiata del criterio di legalità sostanziale, quasi che il dovere di punire e reprimere la condotta criminosa fosse prioritario rispetto all'osservanza della legge processuale. Questa impostazione è stata segnata in particolare dalla giurisprudenza costituzionale dei primi anni Novanta che, nell'incidere sulle norme del codice relative alla disciplina delle acquisizioni probatorie dibattimentali, ha immedesimato il giudice penale con la cosiddetta potestà punitiva, introducendo un criterio interpretativo della soggezione alla legge che rende imprescindibile la subordinazione del giudice alla legge penale sostanziale, e viceversa limitativa, rispetto al dovere di accertamento della verità (individuato quale scopo del processo), la norma processuale, dichiarata illegittima perché irragionevolmente posta come ostacolo a tale accertamento. Analogamente, in relazione alla fase preliminare, le regole processuali a disciplina dell'attività del pubblico ministero, sono state ritenute in contrasto con l'art. 112 Cost., quasi funzionassero da intralcio all'efficace svolgimento del piano investigativo e si ponessero in opposizione al principio di indipendenza dell'organo dell'accusa: in tal modo si è di fatto prospettata l'indipendenza di quest'ultimo dalla legge».

Si è riportato per esteso il pensiero, perché in esso si nota evidente un dato di grande spessore per l'analisi del tema, che coglie la crisi della legalità processuale in un aspetto costante del fenomeno, che, al contempo, è anche il suo travestimento ideologico: il *leitmotiv* è la lettura delle norme processuali come “ostacoli” (procedurali) al raggiungimento di valori superiori, configurati dal dovere di procedere alla persecuzione del reato; il travestimento ideologico è appunto la necessità di ottemperare alla potestà punitiva (e al dovere di procedere) derivanti dalle norme sostanziali che identificano i reati.

Non per nulla, dunque, pochi anni dopo, parlando appunto della «destrutturazione interna del settore processuale», altra autorevole voce ammonisce che «se è giusto... richiamare l'attenzione sul fondamentale valore che assume la legalità dal punto di vista del diritto sostanziale, non è meno importante ed

⁷⁵ N. GALANTINI, *Considerazioni*, cit., p. 1990, che così prosegue: «la dottrina processualpenalistica ha del resto evidenziato con grande chiarezza come, nel recente (e anche attuale) momento storico, l'intreccio di vicende politico-giudiziarie abbia condotto ad inquinare il rapporto tra legge e giudice, spingendo quest'ultimo a ravvisare nella prima il prodotto di un potere interessato alla tutela dei suoi esponenti più che alla produzione di norme con funzioni di disciplina generale. La diffidenza circa l'imparzialità dei contenuti della legge e il dubbio sull'obiettività dei suoi intenti, hanno di fatto posto le basi perché la magistratura si erigesse a contropotere rispetto al legislatore, superando le dimensioni della cosiddetta supplenza, pure adottata in tempi meno recenti».

essenziale rivendicarne il ruolo primario sul piano processuale. La legalità processuale è infatti un antecedente necessario rispetto all'esprimersi del magistrato in sentenza sulla applicazione delle norme incriminatrici»⁷⁶.

Nello stesso arco di tempo – i primi anni del nuovo millennio – ancora Nobili nota come questa disgregazione del sistema normativo processuale sia passata e continui a passare in maniera preponderante attraverso l'uso del concetto di libero convincimento, esaltato come valore che conduce senza sconti all'accertamento della verità e addirittura occasionalmente fatto discendere da quell'art. 101, comma 2, Cost. che vuole i giudici soggetti (solo) alla legge; così che «se per convincimento libero s'intende un divieto di disposizioni calate sul medesimo... ciò non potrà certo discendere dal canone costituzionale che esclude sì, in radice, ogni diversa dipendenza (soggezione), eppure fissa esattamente il contrario di quanto si vorrebbe. Come una libertà dalla legge –per la critica delle prove penali- possa essere postulata da parole in cui sta scritto che il giudice (non ad altro, ma) alla legge deve essere soggetto, si pone da anni per me come un mistero»⁷⁷.

Anche qui, merita cogliere un altro snodo importante dell'analisi, ovvero l'idea per cui il cambiamento del rapporto giudice/legge si è manifestato in una forma essenziale, di *rivendicazione del concetto di libertà della funzione giudiziaria*, chiamata persino «a fronteggiare, avversare prodotti del potere legislativo»⁷⁸; di qui l'importanza del concetto di libero convincimento, inteso come chiave di protezione ed esaltazione della funzione conoscitiva del giudice, che tanto meglio si esplicherebbe nella misura in cui impastoiata meno possibile dalle norme del codice di rito.

Si venga all'oggi: l'evidentissimo e ormai quotidiano proliferare di pronunzie giurisprudenziali sempre più avulse da una piana esegesi del testo normativo, ha provocato vari ritorni al tema, contrassegnati dall'idea che una certa trascuratezza dello studio scientifico sul punto abbia influito sulla «progressiva e inarrestabile erosione della legalità processuale...», sì che in una recente analisi, si afferma: «molto si è detto e si è scritto nel corso degli anni del rispetto del principio di legalità penale, molto meno del principio di legalità processuale... La ragione della scarsità di contributi sul punto è stata generalmente desunta alla mancanza di un chiaro aggancio normativo – a livello di norme fondanti dell'ordinamento – come invece accade per il principio di legalità sostanziale, tradizionalmente cristallizzato e tratto dall'art. 25 comma 2 Cost.

⁷⁶ E. AMODIO, *Crisi della legalità*, cit., 433.

⁷⁷ M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula*, cit., 75.

⁷⁸ Così ancora M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula*, cit., 71.

Le conseguenze dello scarso interesse sul versante processuale sono sotto gli occhi di tutti...»⁷⁹.

Da ultimo, poi, si è giunti all'assunto di una involontaria complicità, nella disgregazione della legalità processuale, da parte della dottrina processualpenalistica, che arriva a parlare del concetto quando esso è in via di sparizione effettuale dal diritto vivente⁸⁰.

Quest'ultima disamina postula che l'elaborazione concettuale della categoria avrebbe potuto in qualche guisa impedire gli esiti odierni, ma che non sia così deriva dall'osservazione di un dato pacifico: gli studiosi del diritto penale sostanziale analizzano da anni il fenomeno della creatività giurisprudenziale che scardina i margini della stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., eppure non sono riusciti ad impedirlo o modularlo neppure in minima misura.

Appare viceversa indiscutibile che le conseguenze della "distrazione dottrinale" siano sotto gli occhi di tutti, in questo senso esatto: che l'inosservanza costante delle norme codicistiche da parte della giurisprudenza, le autentiche "invenzioni" di norme inesistenti e la sterilizzazione di quelle esistenti sono state contemplate nella prospettiva degli specifici snodi problematici, senza che si notasse come l'intersecata complessità del fenomeno corrispondesse ad un disegno unitario.

In effetti - come dimostra una disamina sia pur superficiale dei singoli istituti - l'inesistente legalità del procedimento penale è in vastissima parte esente, oggi, tanto dall'influenza di contingenze politiche momentanee, quanto da dubbi ermeneutici sulle fonti e/o sulle esegesi orientate ai principi; al contrario, i principi (costituzionali e internazionali) e i metodi interpretativi sono il semplice strumento di cui talvolta l'esegesi giurisprudenziale si serve al fine di foggare nuove e più complesse forme di libertà del magistrato dalla legge, mentre le contingenze politiche sono l'occasione per interventi legislativi d'ausilio alla libertà del procedere: non la causa, dunque, ma uno degli strumenti d'azione.

Oggi quello che i dati rivelano è che la *forma* dell'intero annoso movimento di disgregazione della legalità processuale è la stessa che adombrava Calamandrei verso la fine degli anni '30: «prevalenza sempre più decisa del potere

⁷⁹ Così l'efficace sintesi di S. LORUSSO, *Interpretazione, libero convincimento e legalità processuale*, cit. In pari termini D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 421 e ss., che ricostruisce in prospettiva storica le radici della legalità processuale. Estremamente interessante, a tal proposito, la lettura della pagine di M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2016, *passim*.

⁸⁰ È l'idea di D. NEGRI, *Splendori e miserie*, cit., 423.

discrezionale» e «abolizione delle forme processuali»⁸¹, sul presupposto che il giudice possa e debba svolgere il suo compito col minor vincolo possibile da parte della legge, ovvero soggetto alla legge *ex art. 101, comma 2, Cost.* solo nella misura in cui questa non ne imbrigli i poteri che dinamicamente si esprimono nel processo penale.

5. La legalità processuale e la Costituzione.

È sin troppo noto il procedimento restaurativo operato dalla giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore del codice Vassalli e inteso a cancellare la novità del processo accusatorio e delle sue garanzie; quel processo era destinato a trovare il proprio apice nella sentenza costituzionale n. 361 del 1998 in materia di art. 513 c.p.p.

Anche i fondali di quella pronuncia sono ben conosciuti: il legislatore aveva tentato di riprendere le redini del disegno processuale scardinato a partire dai primi anni '90, iniziando dalla riforma dell'art. 513 c.p.p., dedicato alla delicatissima disciplina dell'esame dei coimputati (o imputati in procedimento connesso) che avessero reso, durante le indagini, dichiarazioni *contra alios*, consentendone l'emersione dibattimentale solo sulla base dell'accordo delle parti⁸².

A siffatta riforma, la magistratura reagiva in modo a dir poco veemente, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p. appena innovato, tramite oltre cento ordinanze di rimessione⁸³; la Corte, dal canto suo, rispondeva in termini commisurati all'entità del grido d'allarme, in sostanza cancellando la disposizione introdotta dal Parlamento⁸⁴.

Nella prospettiva odierna, la vicenda risulta quasi esemplare della vastità del potere della Consulta e della sua capacità di conflitto con l'intento legislativo; sta di fatto che proprio da questa peculiare vocazione contrappositiva trova origine la legge di riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., di talché si è osservato come rientri appieno nella dialettica di un sistema sano che «il potere di revisione, come quello che ha il massimo livello di legittimazione democratica e che rappresenta la massima espressione della sovranità popolare, possa opporsi agli indirizzi della Corte con scelte di politica costituzionale che ...

⁸¹ P. CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, pt. 1, 130.

⁸² Riforma operata con l. 7 agosto 1997, n. 267.

⁸³ Così M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo art. 111 della Costituzione: origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1. marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 49 e ss.

⁸⁴ Come inteso dalla Consulta, si notava, l'art. 513 c.p.p. «maschera l'acquisizione cartolare sotto una finta escussione»: così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 746.

tentino di costringere la Corte ad essere (come dovrebbe) veramente “soggetta” alla legge costituzionale e non, invece, arbitra di essa»⁸⁵.

Tale effettivamente risulta essere l'intento *in claris* del legislatore: all'evidente volontà di calare all'interno della Costituzione il concetto di diritto alla prova e di contraddittorio –costituenti il nucleo del *fair trial* europeo – imponendoli all'esegesi della Consulta, il legislatore aggiunge che *è la legge, ed essa sola, a poter regolare i tratti del giusto processo, il quale ha da essere, giustappunto, «regolato dalla legge»*.

Si è detto che anche questa – come alcuni altri *nova* della legge di riforma costituzionale⁸⁶ – era una novità apparente, nella misura in cui il principio di legalità del procedere doveva comunque essere dedotto da molti altri agganci costituzionali, primo tra tutti l'art. 101, comma 2, Cost. e il relativo principio di soggezione del giudice alla legge: se il giudice deve esserle soggetto, «ciò vuol dire che egli è soggetto anche alla legge processuale, e non soltanto alla legge penale sostanziale»⁸⁷.

Di fatto, però, l'indiscutibile merito della riforma costituzionale è quello di aver reso espliciti, anzi inequivocabili, alcuni snodi: diritto alla prova e contraddittorio nella formazione della prova, in particolare, appaiono ora stagliati nella Costituzione da formule fraintendibili solo col supporto di letture distorsive del testo⁸⁸; così come non è più revocabile in dubbio che esista una precisa riserva di legge a coprire l'intera materia processuale e non più solo lo *spatium agendi* proprio degli artt. 13, 14, 15 e 25 Cost.

Il riferimento della legalità alle regole processuali, esplicitato in seno all'art. 111 della Costituzione, nella parte in cui la disposizione esige che il processo (ogni processo) sia disciplinato dalla legge, appare sottolineato anzitutto in seno ai lavori preparatori della riforma costituzionale: «processo giusto regolato dalla legge: anche questo ha un significato molto alto. Vuol dire che si introduce per la prima volta nella Costituzione la legalità processuale. Il principio di legalità, che noi conosciamo come principio di legalità applicabile alla norma sostanziale, *oggi si applica al processo*. Quelle del processo sono regole che deve stabilire la legge, quella forma più alta di normazione che noi conosciamo. Da qui derivano alcune conseguenze: ad esempio, che non è pos-

⁸⁵ Sono parole di S. FOIS, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 2000, 571 e ss.

⁸⁶ Cfr. P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, 49 e ss.

⁸⁷ Così S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale*, cit., 2.

⁸⁸ Non per nulla si assiste oggi al fenomeno delle “erosioni silenziose” del contraddittorio, intese come «scelte che senza rimpiangere apertamente il contraddittorio, anzi ribadendone il valore, lo disarmano o lo indeboliscono surrettiziamente con vari espedienti»: così P. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., 4.

sibile stabilire diritti e doveri nel processo se non attraverso la legge, che il processo penale è basato sulla rigidità delle forme. Ecco allora il grande passo in avanti che facciamo con questa norma»⁸⁹.

All'indomani della riforma, poi, il rilievo dell'enunciato secondo cui il giusto processo dev'essere «regolato dalla legge», veniva presentato con pari chiarezza, identificandosi in esso non solo un vincolo riferito alle fonti normative, ma anche uno atto ad incidere *sui rapporti tra legge e potere giudiziario* e dunque ad escludere che la materia processuale potesse essere disciplinata tramite disposizioni non ossequienti al principio di determinatezza⁹⁰.

Gli svolgimenti giurisprudenziali e dottrinali del periodo immediatamente successivo appaiono, però, curiosamente ignari del valore di questo specifico *novum* dell'art. 111 Cost., ad eccezione di alcuni spunti sviluppati in seno ad altrettanto sporadiche emersioni di *quaestiones* inutilmente sottoposte alla Consulta.

Appaiono tutt'ora incisive e lucidissime le considerazioni di chi notava come, proprio alla luce della nuova legalità processuale dell'art. 111 Cost., il nucleo delle garanzie individuali dovesse consistere nell'«esigenza di predeterminazione delle forme e dei termini nei quali il processo (l'intervento giurisdizionale) si risolve», così che il concetto di discrezionalità giudiziale, nell'ambito di forme processuali solo sommariamente delineate, diventava «l'opposto» del concetto di garanzia⁹¹.

E, in effetti, esattamente sulla scorta di siffatte considerazioni veniva sollevata questione di legittimità costituzionale del procedimento camerale di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., disciplina estremamente sommaria e sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del giudice, ad onta della sua applicabilità (anche e nel caso specifico) in casi delicatissimi come quelli di ablazione della potestà genitoriale.

L'introduzione del giusto processo regolato dalla legge non poteva che incidere - secondo le Corti rimettenti - sulla sostenibilità costituzionale di un simile assetto: «le parti» si notava «dovrebbero essere titolari di precise facoltà e poteri processuali e lo svolgimento del procedimento dovrebbe essere sempre controllabile sulla base di precise indicazioni normative e non rimesso alla discrezionalità del giudice».

⁸⁹ Così l'intervento dell'On. Pecorella negli Atti parlamentari della Camera dei Deputati, resoconto stenografico della seduta del 21 luglio 1999.

⁹⁰ In dottrina è rimarchevole, sotto questo profilo, l'analisi di M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo*, cit., 84 e ss.

⁹¹ Parole e concetti di N. PROTO PISANI, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Quest. giust.*, 2000, 467 e ss.

Importante e sapientemente argomentata, la questione veniva dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale sulla scorta di un duplice presupposto: le ordinanze di rimessione sarebbero risultate immotivate quanto alla possibilità di interpretazioni adeguate, mentre «eventuali prassi distorsive» erano destinate a trovare agevole rimedio in sede di controllo successivo sul provvedimento emesso⁹².

Certo afferente ad altro settore del diritto, la questione si rivela però d'intenso interesse per il tema in esame, sotto una duplice prospettiva: da un lato, a cagione della spiccata similitudine instaurabile tra la procedura disciplinata dagli artt. 737 e ss. c.p.c.⁹³ con le procedure camerale innanzi al giudice di sorve-

⁹² Le frasi sono tratte da Corte cost., n. 1 del 2002.

⁹³ Ai sensi dell'art. 737 c.p.c. «i provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso al giudice competente e hanno forma di decreto motivato, salvo che la legge disponga altrimenti». Ai sensi del successivo art. 738 c.p.c., intitolato al "procedimento", «il presidente nomina tra i componenti del collegio un relatore, che riferisce in camera di consiglio. Se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati ed egli stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente. Il giudice può assumere informazioni.». Sembra opportuno riportare qui, per esteso, le ragioni dei rimettenti *in parte qua*, così come riprodotte nella decisione costituzionale: «la rimettente ricorda come la Corte costituzionale abbia talora giudicato che anche nella procedura camerale ex artt. 737 e ss. cod. proc. civ. il diritto di difesa potrebbe essere assicurato, nonostante la lacunosità della disciplina. Ma a diversa valutazione dovrebbe indurre l'esigenza del giusto processo regolato dalla legge, nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità e davanti ad un giudice terzo ed imparziale, posta dal nuovo art. 111 Cost.: le parti dovrebbero essere titolari di precise facoltà e poteri processuali e lo svolgimento del procedimento dovrebbe essere sempre controllabile sulla base di precise indicazioni normative e non rimesso alla discrezionalità del giudice, cui le parti non dovrebbero soggiacere. La procedura ex artt. 737 e ss. cod. proc. civ. e 336 cod. civ. - in quanto sommaria e semplificata, non regolata dalla legge nelle forme, nei tempi e nelle modalità di svolgimento, ma affidata al contrario alla pura discrezionalità del giudice, tanto che gli unici tratti regolati sono la proposizione "della domanda" con ricorso, la nomina di un relatore, l'assunzione di informazioni (non necessariamente nel contraddittorio delle parti), e la decisione con decreto motivato, reclamabile davanti alla corte d'appello, ma sempre modificabile e revocabile - sarebbe ben lontana dalla relativa previsione costituzionale. In sede di pronuncia sull'affidamento dei figli ai sensi dell'art. 317-bis cod. civ., la discrezionalità del giudice riguarderebbe anche lo stesso contenuto del provvedimento, potendo il giudice disporre l'affidamento all'uno o all'altro dei genitori, ma anche escludere entrambi, nell'interesse del minore, dalla potestà, nominando un tutore (mentre nel caso di genitori uniti in matrimonio, l'affidamento ad un terzo richiederebbe gravi motivi). L'attuazione di un embrionale contraddittorio, le cui forme, modi e tempi non sono disciplinati dalla legge, avverrebbe con la mera convocazione dell'interessato e senza necessità di un difensore tecnico. D'altro canto, l'assenza di regole poste dalla legge, ma soltanto dedotte in via di interpretazione adeguatrice all'art. 24 Cost., lascerebbe aperta la via a prassi applicative difformi per ogni giudice o ufficio giudiziario e ciò escluderebbe la possibilità "di sanzionare con la rimessione al primo giudice la violazione, in primo grado, di regole di garanzia per la difesa" e "di stabilire con certezza gli effetti della nullità di singoli atti". Poiché a seguito della novellazione dell'art. 111 Cost. il "giusto processo" non può che essere quello "regolato dalla legge", dovrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale di un modello processuale, nel quale la decisione sui diritti, in un settore fondamentale dell'ordinamento, è emessa a seguito di un processo le cui scadenze sono affidate esclusivamente al giudice "tenuto bensì a garantire i fondamentali diritti delle parti, ma secondo modalità non predeterminate, e rimesse al suo apprezzamento": la previsione di una riserva di legge "in un contesto

gianza e a quello di prevenzione, come noto deformatizzate in termini estremi⁹⁴; dall'altro, per il fatto che sembra trattarsi della sola occasione in cui risulta portato all'attenzione della Consulta il problema della compatibilità tra norme processuali indeterminate e giusto processo «regolato dalla legge».

Le ragioni dell'esito d'inanmissibilità appaiono, ancora a distanza di quasi vent'anni, particolarmente incongruenti.

A prescindere dall'obiettiva consistenza delle argomentazioni che accompagnavano le ordinanze di rimessione, come pure dall'estrema delicatezza dell'ambito disciplinare in cui erano insorte, la risposta della Corte risulta, in effetti, *ictu oculi* irrelata rispetto alle medesime: il tema proposto era costituito dalla genericità della disciplina procedimentale emergente dalle disposizioni censurate, dall'ampiezza dei poteri discrezionali lasciati di volta in volta al singolo giudice e infine dall'inesistenza di una definizione, sia pur sommaria, dei diritti delle parti, e si trattava di dati *tutti pianamente incompatibili con la riserva di legge di cui all'art. 111 Cost.* e con il derivato *obbligo legislativo di compiuto delineamento della fattispecie riservata*.

Tali essendo le censure, non occorrono molti argomenti per attestare come, evidentemente, nessuna interpretazione adeguatrice sarebbe stata in grado di colmare il vuoto lasciato dal legislatore, per la semplice ragione che il giudice lamentava esattamente questo, ovvero l'incostituzionalità di una disciplina ceduta nelle mani della creatività giurisprudenziale. Paradossalmente, anzi, la risposta della Corte si palesa come un invito al giudice ordinario ad adoperare la creatività per supplire al legislatore.

Il nucleo concettuale sottostante a siffatta pronunzia, si nutre del rifiuto dell'idea che l'esistenza di una riserva di legge possa riguardare le norme processuali; la riserva di legge riguarderebbe solo i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo, mentre *essa non potrebbe mai riguardare i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*⁹⁵.

Questa affermazione è fondata su una visione da tempo obsoleta del concetto di riserva di legge⁹⁶ e, prima ancora, del principio di legalità.

tanto delicato e rilevante" implicherebbe "la necessità che sia il legislatore a disciplinare le regole del procedimento".

⁹⁴ Su cui, da ultimo, si vedano gli incisivi rilievi di F. TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, Padova, 2018, 137 e ss.

⁹⁵ S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 129 e ss.

⁹⁶ Per una vibrante confutazione di questo assunto di Chiarloni, v. G. VIGNERA, *Il giusto processo regolato dalla legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 551 e ss.

Sotto quest'ultimo profilo - quello della legalità - l'idea che la riserva di legge non riguardi affatto i rapporti tra potere legislativo e giudiziario appare particolarmente errata quando si rifletta che laddove, in passato, si è ritenuto che il principio di legalità non riguardasse il potere giudiziario, ciò è derivato solo dall'assunto secondo cui *per il giudice sarebbe addirittura inconcepibile una forma di rapporto con la legge diversa dal vincolo* e identificabile con la discrezionalità. Come è stato giustamente sottolineato, laddove il potere giurisdizionale sia visto come il "potere nullo" della visione illuministica, è evidente che un problema di possibile ambito discrezionale del Giudice neppure si pone⁹⁷.

D'altro canto, è stato pure notato che la riserva risulta tradizionalmente studiata nell'ottica dei rapporti fra competenza normativa del legislativo e competenza normativa dell'esecutivo per ragioni puramente storiche - legate appunto all'*input* illuministico -, mentre nella comune impostazione attuale essa *non può* che essere concepita come problema di *limiti* apposti *anche nei confronti del potere giurisdizionale*: «soprattutto nel campo dei diritti di libertà, infatti, i provvedimenti che incidono sulla posizione soggettiva dei singoli provengono ... da atti di carattere giurisdizionale e debbono quindi essere emanati previa norma di legge: sicché in questi casi è proprio nei confronti di questi atti che opera il valore garantista della riserva di legge»⁹⁸.

In prospettiva analoga si è anche sottolineato come l'idea che la riserva di legge non riguardi i rapporti tra la legge stessa e il giudice sia «una delle conseguenze fuorvianti della riduzione della riserva di legge a criterio di ripartizione della competenza tra fonti»⁹⁹, mentre invece è proprio sul terreno dei rapporti tra legge e giudice che essa rivela il suo ulteriore e pregnante significato: se riserva di legge significa obbligo del legislatore di disciplinare una data materia, essa significa pure obbligo di disciplina compiuta, ed *esclusione dell'ipotesi che il legislatore possa cedere al giudice il compito di riempire una fattispecie lasciata incompiuta*.

Per il costituzionalista, come per il filosofo del diritto, è un dato pacifico che la riserva risulta violata non solo dall'attribuzione di poteri normativi a fonti diverse dalla legge, ma anche dall'ipotesi in cui la legge disciplini il settore nor-

⁹⁷ I rilievi sono di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 97.

⁹⁸ Così R. BALDUZZI - F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1207 e ss.

⁹⁹ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., 5.

mativo riservato «limitandosi a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali»¹⁰⁰.

Acutamente, anzi, si è infine precisato che la necessità di distinguere e collocare su piani diversi le conseguenze e le logiche derivazioni della riserva di legge (sul piano delle fonti normative, degli atti amministrativi e infine degli atti giurisdizionali) è proprio ciò che ha indotto la dottrina penalistica ad enucleare il principio di tassatività e/o determinatezza della fattispecie penale dall'art. 25, comma 2, Cost.; tassatività e determinatezza, insomma, sono intesi qui come il nucleo essenziale (lo specifico modo di operare¹⁰¹) della riserva di legge in relazione agli atti concreti che costituiscono estrinsecazione del potere giudiziario.

Insomma, se non può disconoscersi che la “riserva di legge” implica l’obbligo di determinare compiutamente la fattispecie nella materia riservata, essa comporta allora, inevitabilmente, che il legislatore sia obbligato a «limitare al massimo»¹⁰² l’uso di formule introduttive di poteri c.d. discrezionali nell’esercizio dell’attività giurisdizionale, come pure ogni disciplina processuale che non disegni compiutamente l’interazione reciproca dei poteri del giudice e delle parti.

Doverosa qui una ulteriore sottolineatura: la *compiuta definizione legislativa* della fattispecie si atteggia pure come *condizione di efficacia del principio di legalità*, sinteticamente inteso quale regola di necessaria soggezione alla legge dei pubblici poteri; così come la controllabilità dell’esercizio di un potere *secundum legem* è logicamente costruita nei termini di ulteriore condizione di efficacia della legalità¹⁰³.

In conclusione, non sembra seriamente discutibile che riserva di legge, determinatezza e controllabilità siano i tre principi oggi iscritti all’interno della formula dell’art. 111, comma 1, Cost., tanto che appare quasi inspiegabile che, a vent’anni dall’introduzione del disposto all’interno della Costituzione siano sostanzialmente inesistenti, nel panorama giurisprudenziale, sentenze che abbiano in qualche modo elaborato e posto in discussione questo o quel segmento della disciplina processuale positiva alla luce del nuovo canone.

¹⁰⁰ Così di nuovo L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., 5, ma identiche indicazioni si rintracciano, con pari chiarezza, anche nei già citati lavori di Balduzzi-Sorrentino e di Guastini.

¹⁰¹ L’espressione è di L. CARLASSARE, *op. cit.*, 7.

¹⁰² Così R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, cit., 1215.

¹⁰³ Si leggano, in questi termini, le pagine di R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, 88. Con diversa nomenclatura si riferisce allo stesso fenomeno L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim*, ma anche, più di recente, ID., *La logica del diritto*, cit., 43 e ss., che poi lungamente tratta della giustiziabilità come nucleo essenziale delle c.d. garanzie secondarie, vocate ad assicurare l’efficacia della norma positiva.

Merita ora aggiungere, alla luce delle riflessioni appena proposte: il canone è, in effetti, realmente nuovo, all'interno del diritto (appunto) positivo, perché un conto è statuire che il giudice debba essere soggetto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) e altro è *aggiungere* che la legge, cui il giudice deve assoggettarsi, ha da essere *determinata*, per obbligo costituzionale pacificamente derivante dalla riserva di legge.

E qui occorre rammentare una formula efficace¹⁰⁴, ovvero quella che ricorda come *conferire* un potere e *disciplinarlo* siano fenomeni differenti, capaci di presentarsi disgiuntamente nella realtà del diritto positivo: una norma può attribuire un potere, ma non regolarlo e non renderlo controllabile. Il problema è che se una norma costruisce una posizione giuridica soggettiva, ma non ne determina le regole d'esercizio e i modi del controllo, il potere/diritto/dovere restano privi di garanzia d'efficacia e, l'esercizio del *munus publicum* senza controllo.

In poche parole, il principio per cui il giudice deve sottostare alla legge è un'espressione chiara dell'idea di legalità della condotta di tutti i pubblici poteri, ma *il principio in sé, senza la garanzia della riserva di legge nelle regole sostanziali e processuali che il giudice deve applicare, è destinato all'inefficacia*.

Diremo allora che la disciplina del giusto processo solo mediante legge (ovvero tramite regole determinate e controllabili) è *garanzia secondaria o di efficacia del principio di sottoposizione del giudice alla legge*, sicché sino all'introduzione dell'art. 111, comma 1, Cost., il canone dell'art. 101, comma 2, Cost. era potenzialmente destinato a restare lettera morta tutte le volte in cui appunto la legge non disciplinasse nel dettaglio (e non rendesse controllabile) un dato istituto processuale.

Al di là dell'esempio rappresentato dall'interessante *quaestio laegitimitatis* sollevata con riferimento agli art. 737 e ss. c.p.c., vale la pena di concretizzare i concetti tramite alcune disposizioni, tratte invece dal codice di rito penale, davvero esemplari per l'argomento di cui si discute, scritte in materia d'indagini difensive.

Il testo dell'art. 391 *bis* c.p.p. consente al difensore dell'indagato o della persona offesa di raccogliere le dichiarazioni di persone informate dei fatti e il comma 10, in particolare, disciplina l'ipotesi in cui taluno eserciti la facoltà di non rispondere: in questo caso «il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione, che fissa entro sette giorni dalla richiesta»;

¹⁰⁴ Con le parole di R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, cit., 88.

null'altro è leggibile nella disposizione che valga a costituire disciplina dell'incombente.

Ancora: in materia di acquisizione di prova documentale, l'art. 391 *quater* c.p.p. dispone che laddove una pubblica amministrazione rifiuti di fornire copia dei documenti richiesti, il difensore ha facoltà di ottenerne il sequestro dal p.m. e che, in caso di rigetto dell'istanza da parte di quest'ultimo, l'istanza medesima venga trasmessa dal p.m. al g.i.p. per la sua valutazione. Il diritto difensivo di ottenere il sequestro del documento negato non è oggetto di disciplina ulteriore; un'ovvia esegesi sistematica esige, peraltro, che la cosa richiesta sia sequestrabile.

Come si nota, entrambe le disposizioni istituiscono *il diritto, in capo al difensore, di chiedere l'attivazione dei poteri coercitivi della giurisdizione penale*, al fine di esercitare l'ulteriore e più ampio diritto alla ricerca e all'acquisizione della prova; entrambe le disposizioni *non* prevedono canoni di ammissibilità della richiesta diversi dall'esito negativo della prima fase della procedura avviata dal difensore: rifiuto di rispondere, in un caso, e rifiuto del documento richiesto, nel secondo.

Sulla scorta di questa minimale struttura normativa, in giurisprudenza si afferma con costanza che il pubblico ministero ha il potere di controllare la *rilevanza* della richiesta di ascolto della persona informata dei fatti che non intenda rispondere al difensore; anzi per l'esattezza si legge che quella richiesta «*non presuppone alcun automatismo*» implicando perfino una «*valutazione positiva ... circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita*»¹⁰⁵; e ciò si afferma non solo senza alcun riscontro addotto a fondare l'assunto che al p.m. spetti un vaglio di rilevanza non risultante da alcuna disposizione, ma persino senza rammentare che neppure l'ammissione della prova in dibattimento è assoggettata ad un riscontro (appunto) *positivo* dell'ammissibilità della richiesta, ma unicamente ad un vaglio *negativo* sull'inesistenza di ragioni di rigetto¹⁰⁶.

È appena il caso di aggiungere come nell'assunto che il pubblico ministero possa vagliare il "merito" (ovvero la potenziale utilità investigativa) dell'ascolto di una fonte, riemerge l'obsoleta idea giurisprudenziale della canalizzazione di tutte le potenziali prove sul pubblico ministero, idea anteriore all'entrata in

¹⁰⁵Cass., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399, S., in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, 3, 296.

¹⁰⁶ Eppure, andando alla sostanza dell'istituto e anzi alla sua stessa ragion d'essere, si deve osservare che «*qualunque sindacato di merito sulla necessità o opportunità dell'assunzione della dichiarazione costituisce un'indebita ingerenza dell'Autorità giudiziaria sulle scelte del difensore riguardanti la linea difensiva*»; così L. BIONDI, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1777.

vigore della riforma delle indagini difensive, il cui coefficiente di insostenibilità costituzionale ruotava attorno alla completa cancellazione della *égalité des arms* che essa comportava¹⁰⁷.

Ma si noti ancora: qualora per avventura il pubblico ministero sbagli nel rigettare per qualsivoglia ragione la richiesta effettuata ai sensi dell'art. 391 *bis*, comma 10, c.p.p., o erri il g.i.p. nel rigettare la richiesta di sequestro di documenti, *non esiste rimedio alcuno, perché quella decisione* – chiosa la Suprema Corte – *non è soggetta a gravame*, stante il principio di tassatività delle impugnazioni¹⁰⁸.

Per concludere: in caso di rigetto della richiesta da parte dell'autorità giudiziaria, il difensore si trova su una strada chiusa, materialmente impossibilitato allo svolgimento dell'attività d'indagine difensiva magari in base al più illegittimo dei rifiuti e persino qualora l'illegittima confisca del potere di difendersi provando cagioni la definitiva perdita di un dato dimostrativo prezioso.

Inoppugnabile il rigetto della richiesta di ascolto della persona informata da parte del p.m.; inoppugnabile, aggiungiamo, il rigetto dell'incidente probatorio per avventura richiesto al g.i.p. (come del resto pure ogni richiesta d'incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 c.p.p.); inoppugnabile, la richiesta di sequestro effettuata ai sensi dell'art. 391 *quater* e ancora inoppugnabile, il provvedimento di segretazione del p.m. di cui all'art. 391 *quinquies*, nonostante esso sia capace di bloccare sino al termine delle indagini ogni *chance* di ascolto del possibile testimone: un intero universo di diritti conferiti sì, ma in modo certamente generico, e altrettanto certamente non tutelabili in alcuna

¹⁰⁷ Limpida e *tranchante* la valutazione di F. PERONI, *Indagini difensive e accesso alla documentazione della P.A.: tra limiti codicistici, resistenze giurisprudenziali e nuovo Freedom of Information Act*, in *questa Rivista*: «la subordinazione dell'iniziativa di parte alla "rilevanza" probatoria del *petitum* non solo fuoriesce dal dettato normativo, il quale non ne fa alcuna menzione, ma urta con la stessa matrice teleologica della fase investigativa, intrinsecamente preposta alla ricerca di elementi di conoscenza: elementi – è fin superfluo rammentare – utili a orientare le determinazioni circa l'eventuale sviluppo del procedimento penale in processo vero e proprio e destinati, se del caso, a essere variamente elaborati in materiale probatorio, a valle della formazione dei fascicoli e dinanzi a un giudice funzionalmente preposto a deliberare, in termini di "non manifesta irrilevanza" (art. 190, co. 1, c.p.p.), il materiale probatorio richiesto di acquisizione. Con il che, ben inteso, non si vuol certo negare che una qualche valutazione competa anche al giudice per le indagini preliminari, sollecitato, ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.p., a esprimersi su un'istanza di sequestro proveniente dalla difesa investigante. Senonché, parrebbe più coerente con gli indici testuali e sistematici richiamati circoscrivere il vaglio in parola alla legittimità dell'iniziativa e alla non manifesta incongruenza della stessa con la notizia criminis dalla quale ha preso le mosse il procedimento».

¹⁰⁸ Cass., Sez. Fer., 01 agosto 2013, n. 35729, A.F. ed altri, in *Cass. pen.*, 2013. È recentissima, poi, Cass., Sez. VI, 29 marzo 2018, n. 14551, Lacchetta, in *questa Rivista*, con nota di F. PERONI, *Indagini difensive e accesso alla documentazione della P.A.*, cit.

guisa, ad onta della loro diretta rilevanza costituzionale *ex art. 111, comma 3, Cost.*¹⁰⁹.

Si torni all'oggetto più generale.

Nelle disposizioni in parola troviamo delineate una serie di posizioni giuridiche soggettive: poteri del difensore, conferiti ma non disciplinati nelle regole d'esercizio e paralizzati dall'inesistenza di un rimedio; doveri del p.m. e del giudice, parimenti non disciplinati e per di più incontrollabili: controllo che d'altra parte non si saprebbe dove fondare, posto che – appunto – ogni possibile vaglio presuppone che esistano delle condizioni di validità o regole di esercizio del potere¹¹⁰.

Sono davvero molte le disposizioni del codice di procedura penale costruite in termini analoghi e dunque *pacificamente incompatibili con gli obblighi di compiuto delineamento della fattispecie* inclusi nella riserva di legge in materia processuale di cui all'art. 111 Cost.

Di una simile prospettiva, però, non si colgono che sparse tracce nella giurisprudenza della Corte costituzionale: nella notissima decisione n. 88 del 1991, leggiamo accenni ad una «legalità del procedere» dovuta al principio di legalità penale come sua «necessaria concretizzazione»; così come di «assoggettamento del pubblico ministero al principio di legalità processuale» parla anche l'ordinanza n. 178 del 2003, entrambe pronunzie in tema di obbligatorietà dell'azione¹¹¹.

Sempre *incidenter*, la Consulta si è accostata all'argomento nella recente ordinanza n. 24 del 2017 –emessa a seguito dell'*affaire Taricco* – dove essa ha avuto modo di osservare che «anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale ... *ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*» e questo perché gli Stati membri dell'Unione Europea che appartengano all'area del *civil law* «ripudiano l'idea che i tribunali penali

¹⁰⁹Un giurista d'altri tempi scriveva: «eppure già al mugnaio di Sansouci sarebbe probabilmente sembrata evidente la constatazione che un diritto ... si ha, in realtà, solo in tanto in quanto vi siano “dei giudici a Berlino” ai quali si può ricorrere, in quanto si abbia, cioè, un diritto di azione» (A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. II, Torino, 1938, 91). In questa prospettiva il “diritto di difendersi provando” non esiste perché è insuscettibile di tutela mediante apposita azione; esso, insomma, è come Cenerentola: sul più bello la *mise en scène* si dissolve e la carrozza diventa una zucca.

¹¹⁰«È inutile dettare condizioni di validità senza predisporre controlli di validità; ma è egualmente inutile predisporre controlli di validità su atti che siano incondizionatamente validi»: così R. GUASTINI, voce *Legalità*, cit., 88.

¹¹¹ Nessun'altro riferimento al tema della legalità del procedere o della riserva di legge in materia penale si legge nella ricostruzione di P. GAETA, *Principi costituzionali in materia penale (diritto processuale penale). Quaderni predisposti in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. Madrid 13-15 ottobre 2011*, in www.cortecostituzionale.it.

siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, *senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire*¹¹².

Principi rimarchevoli, cui però non è dato alcun *sequitur* in termini di pronunzie che tocchino il tema della determinatezza delle disposizioni processuali penali; come se i temi della legalità processuale, dei limiti della discrezionalità del giudice e della tassatività delle norme processuali fossero del tutto estranei alla Costituzione o come se le norme vigenti fossero tutte esenti da qualsivoglia difetto a fronte del principio per cui il giusto processo dev'essere regolato dalla legge.

È difficile cancellare l'idea che questa clamorosa mancanza non sia il frutto della volontà di imporre «un sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato» dove «la legge, soprattutto quella di procedura, viene guardata come un prodotto infido, sospetto, di rango inferiore, un inutile ostacolo collocato sulla via che separa l'autorità procedente dal risultato cognitivo e tendenzialmente punitivo»¹¹³. E del resto: quando si rifletta sul fatto che la Corte costituzionale ha da tempo «accompagnato alle rigorose afferma-

¹¹² Così il riferimento alla legalità processuale contenuto nell'ord. n. 24 del 2017, con cui la Consulta ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare la questione sul se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità. Sul tema gli interventi della dottrina sono stati innumerevoli. V., tra i tanti, E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 44 e ss.; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in www.forumcostituzionale.it; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 266; P. INSOLERA, *Affaire Taricco: la Corte costituzionale offre una seconda chance ai giudici di Lussemburgo*, in *Giur. commerciale*, 2017, 608 e ss.; G. LATTANZI, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 2017, 2131 e ss.; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, 535; R.E. KOSTORIS, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, www.penalecontemporaneo.it; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in www.penalecontemporaneo.it; O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali, ivi*; D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale, in questa Rivista*; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in www.penalecontemporaneo.it; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in www.forumcostituzionale.it; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it; C. SOTIS, *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, *ivi*.

¹¹³ Così O. MAZZA, *Legge e potere*, cit., 14.

zioni di principio, precisazioni gravemente riduttive»¹¹⁴ persino delle riserve di legge “assolute” in materia di libertà individuali o di legalità penale, non deve stupire che la novità della generale riserva di legge in materia processuale sia passata pressoché inosservata.

6. Brevi e provvisorie conclusioni.

Quando si scrive che l'esegesi oggi “non si addice” più al giudice, perché a lui non si addice più il sillogismo «in quanto procedimento rigidamente deduttivo che sembra fatto apposta per vanificare la volontà personale di chi lo usa»¹¹⁵ e poi che il sillogismo stesso «si addiceva perfettamente al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal-borghese», ma non al giudice post-moderno; quando si precisa ancora che questo nuovo giudice, «attraverso operazioni squisitamente valutative, deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una *invenzione*, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione»; quando si enunciano concetti di tale portata, a poco vale precisare poi che essi valgono per il giudice civile e non per quello penale «essendo la materia ‘penale’ in stretta connessione con la sicurezza pubblica e conservando qui una peculiare rilevanza la riserva di legge».

La pervasività di questo pensiero è manifesta, la sua capacità espansiva implicita non solo nel tenore stesso della parole, ma forse, prima ancora, nel messaggio liberante che invia: sciolto dall'osservanza del testo, ispirato a confidare nelle sue qualità di intuizione/percezione/compressione, l'interprete giudice rivaluta la sua funzione, la svolge senza i “cavilli” del testo e per di più aggiunge qualcosa al suo ruolo, che appare non più solo quello (modesto?) di *iuris-dictio*, ma anche di *legis-latio*¹¹⁶, avverando l'infausto concetto che la sottoposizione del giudice alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost. sarebbe solo una garanzia d'indipendenza e non un vincolo gerarchico dell'uno all'altra¹¹⁷.

E, in effetti, la clausola per cui i concetti esposti non varrebbero per il giudice penale è anzitutto poco corrispondente al dato empirico: di fatto proprio l'ampia e documentata decadenza di innumerevoli garanzie individuali e, più

¹¹⁴ L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., 6.

¹¹⁵ Sono nuovamente parole di P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 97.

¹¹⁶ Usiamo l'espressione in voluta parafrasi di M. LUCIANI, *Dottrina del moto*, cit., 10.

¹¹⁷ P. GROSSI, *L'invenzione*, cit., 98.

in generale, la quotidiana violazione di altrettanto innumerevoli disposizioni del codice di procedura penale, dimostrano che il giudice penale *già* vive le norme del codice propriamente *inventandole* secondo le peculiarità del caso; come si è detto, l'idea di questa rinnovata libertà del giudice è affascinante e dunque pervasiva.

In secondo luogo, l'assunto per cui la materia penale sarebbe meritevole di considerazione a parte, per essere «in stretta connessione con la sicurezza pubblica», riesce più inquietante che consolatorio: la formula della sicurezza pubblica sottende contenuti storicamente restrittivi dei diritti individuali, sicché il suo richiamo suona come un monito ad un ulteriore “valore” che i giudici penali dovrebbero tener da conto nell'opera interpretativa, e ovviamente non in senso favorevole alle garanzie.

Infine, il riferimento alla «peculiare rilevanza» della riserva di legge in materia penale risulta completamente esente della minima considerazione nei confronti della riserva di legge processuale, così confermando – se ve ne fosse bisogno – che il *trend* inventivo non lascia indenne il campo, pur assai sensibile, della procedura penale.

Molto vi sarebbe da dire sul tema, che tocca tasti delicatissimi dell'attuale temperie, ma il punto fondamentale sembra essere questo: certe convinzioni – pur affascinanti nella loro complessità – stanno realmente svolgendo una funzione performativa del loro oggetto¹¹⁸, stanno cioè legittimando quella che (almeno nel campo del processo penale) è un'autentica deriva della capacità delle norme di determinare l'effettivo svolgimento del processo giurisdizionale.

Sembra tempo di contrastare in modo efficace una simile deriva ideologica, che tale appare – a tutti gli effetti – se applicata al campo della decisione sulla libertà individuale.

¹¹⁸ Scrive L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 118, su tema analogo, «*questi diversi approcci teorici stanno insomma svolgendo un ruolo performativo del proprio oggetto*, assecondandone, o peggio determinandone le mutazioni, assunte poi a verifiche empiriche delle loro stesse raffigurazioni teoriche. Per questo dobbiamo essere consapevoli che *simili teorie stanno favorendo e legittimando come fisiologica l'attuale crisi patologica del principio di legalità* e della separazione dei poteri, basati entrambi sul carattere non creativo ma tendenzialmente conoscitivo della giurisdizione. Ed equivalgono perciò a una dichiarazione di bancarotta dello stato di diritto» [*corsivo nostro*].