

Roberto E. Kostoris

*Dal penale nazionale al penale transnazionale:  
le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole  
e un diritto per principi*

SOMMARIO: 1. Le chiusure al diritto europeo: un problema (anzitutto) culturale – 2. Il modello codicistico: un diritto per fattispecie astratte e rigide – 3. Un diritto europeo prevalentemente formulato per principi – 4. *Segue*: creatività giudiziale, ripartizione dei poteri, principio di legalità processuale – 5. *Segue*: dimensione empirico-fattuale del diritto CEDU – 6. *Segue*: le 'garanzie minime' del diritto europeo – 7. I problemi della coesistenza e dell'intreccio tra i due modelli: il pluralismo giuridico contemporaneo e la necessità di affrontare un deciso cambio di paradigma

1. *Le chiusure al diritto europeo: un problema (anzitutto) culturale*

Nonostante l'amplessissimo dibattito sviluppatosi da tempo in dottrina, nonostante i richiami sempre più frequenti e insistenti da parte del legislatore, della Corte costituzionale, dei giudici di legittimità e di merito, nonostante le molteplici condanne subite dall'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione delle garanzie fissate dalla Convenzione europea, occorre constatare come l'apertura al diritto sovranazionale, pur formalmente affermata e ribadita, in realtà non appare ancora sempre ben metabolizzata negli animi e nelle menti della gran parte degli operatori e neppure in quelli di alcuni settori non trascurabili della dottrina. Si tratta di un atteggiamento di diffidenza, se non di chiusura, che ha radici profonde, e che si traduce alla fine in un disagio di tipo per così dire 'esistenziale'.

A me sembra, infatti, che il passaggio dal penale nazionale al penale sovranazionale (ma mi concentrerò specificamente sul diritto delle due Europe) non si possa vedere solo come il risultato di una complessa, ma comunque naturale evoluzione di rapporti, dove si ragiona in una prospettiva più ampia, dove ci si incammina verso una grammatica comune, dove si considerano i diritti umani come un patrimonio condiviso, dove si giunge addirittura a concepire l'istituzione di organi europei legittimati a condurre indagini su tutti territori nazionali di cui si compone l'Unione Europea. Questo passaggio – in cui si può scorgere una delle più significative espressioni del pluralismo giuridico contemporaneo e, anzi, una forma 'regionale'

di globalizzazione giuridica – assume in realtà una valenza ulteriore molto importante, perché richiede di sviluppare, come meglio diremo, anche un forte cambio di paradigma; richiede di avere occhi nuovi per vedere realtà nuove. Esso involge dunque un *problema di tipo essenzialmente culturale*, che turba gli animi di chi ha difficoltà a staccarsi dai modelli tradizionali. E se ciò è vero per tutto il pianeta penale<sup>1</sup>, mi sentirei di dire che è ancora più vero per il versante del processo. Cercherò di spiegarne molto sinteticamente le ragioni.

## 2. *Il modello codicistico: un diritto per fattispecie astratte e rigide*

Se ci domandiamo quale sia il tipo di processo penale con cui ha familiarità il giurista italiano, per averlo sempre maneggiato e per essere cresciuto alla sua ombra, non esiteremmo a dire che è un processo il quale – al di là delle pur fondamentali differenze di struttura e di contenuti che lo hanno caratterizzato nel tempo – per un verso, ha sempre rappresentato, almeno negli ultimi due secoli, una tipica espressione della sovranità statale; è sempre stato, dunque, un processo statocentrico, perché ha sempre trovato la sua fonte esclusiva in una ‘legge’ dello Stato rappresentata dal codice, e, per altro verso, è sempre stato disciplinato secondo un modello marcatamente formale, come un insieme di regole astratte tali da comporre un sistema estremamente articolato (un tempo, si sarebbe detto anche preciso; oggi solo complesso e intricato). Inoltre, e soprattutto, questa astrattezza delle forme processuali disegnate dalla legge è sempre stata considerata e percepita, sulla scia dell’insegnamento illuministico, come *un valore in sé*, come uno scudo contro l’arbitrio del giudice, per tutelare la legalità processuale e il principio di parità di trattamento<sup>2</sup>. Un modello che possiamo vedere assai bene esemplificato dal sistema delle nullità processuali, dove il vizio scatta

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla crisi che ha investito il principio della riserva di legge e di legalità in materia penale. In tema, tra i tanti, F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in «Cassazione penale», 2005; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in «Criminalia», 2011, 99 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>2</sup> C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *L’Esprit des Lois* (1748) IV, II; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), XXXVIII, ed. a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 2018, p. 92; F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Tipografia Milanese Tosi e Nobile, Milano, 1801, 24. Analogamente, F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, V, Tipografia Giunti, Lucca, 1874, 17.

per effetto della mera inosservanza delle forme prescritte dalla legge, senza lasciare spazio ad alcuna valutazione circa il pregiudizio effettivo che quella violazione possa aver determinato o non determinato nel caso concreto<sup>3</sup>. Nel manuale di Procedura penale di Franco Cordero, su cui tutti ci siamo formati, quest'impostazione formalistica e asettica, dove i valori da tutelare sono, secondo un'impostazione squisitamente giuspositivista, individuati una volta per tutte dalla volontà insindacabile del legislatore, cristallizzandosi<sup>4</sup>, anzi, 'consumandosi' poi nelle norme, è fortemente ribadita e valorizzata: solo essa – si sottolinea – sarebbe in grado di fornire un'adeguata tutela all'imputato, 'parte debole' del processo<sup>5</sup>. E, a conferma di quest'assunto, si aggiunge che gli atteggiamenti antiformalistici della giurisprudenza, quando si sono manifestati, si sono spesso risolti in una riduzione delle garanzie, come, ad esempio, testimonierebbe, proprio in materia di nullità processuali, il ricorrente tentativo dei giudici, mosso da obiettivi efficientistici (evitare il più possibile che l'andamento spedito del processo sia intralciato da eccezioni di nullità), di degradare le nullità assolute a relative, in piena violazione sia del principio di tassatività su cui si regge quella materia, sia del diritto di difesa, dato che le nullità degradate sono sempre state quelle poste a presidio di tale garanzia<sup>6</sup>.

Potremmo aggiungere che neppure l'avvento della Costituzione repubblicana – evento centrale del Novecento giuridico, che pur ha inciso in modo profondo sui 'contenuti' e sull'interpretazione delle regole processuali e, quindi, sui valori da tutelare – ha determinato mutamenti nella morfologia di quelle regole e nell'approccio dell'interprete alla medesima.

---

<sup>3</sup> Sulle ragioni poste alla base di questa impostazione astratta, in particolare, quella di tenere distinti *error in procedendo* ed *error in iudicando* e, quindi, l'invalidità dall'ingiustizia della decisione, v. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, 17 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Cedam, Padova, 2012, 152.

<sup>5</sup> Per la riconduzione delle norme sui vizi degli atti processuali penali al settore delle c.d. 'norme di favore' v. già F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956, 32 ss., 256 ss.

<sup>6</sup> Anche se non sempre è stato così. Per un'ampia rassegna ragionata di casi in cui la giurisprudenza (e la stessa Corte costituzionale) si sono adoperate a trovare "correttivi di buon senso", ma certamente non rispettosi della 'forma', i quali, senza pregiudicare il diritto di difesa, rimediassero ad atteggiamenti poco diligenti o poco prudenti dell'accusa, cfr. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., 96 ss.

Anche dopo la ‘rivoluzione costituzionale’ del 1948 il diritto processuale penale è rimasto cioè un diritto a impronta formale, astratto, fondato sul modello della fattispecie, polarizzato sui comandi del codice, sia pur da leggere ormai in una chiave ‘costituzionalmente orientata’.

Ora, quale impatto determina su un simile assetto ‘strutturale’ del processo penale l’irruzione del diritto europeo? Un diritto che mette in crisi il tradizionale assetto gerarchico delle fonti<sup>7</sup>, e che – è bene sottolinearlo – ha *forza cogente* per gli Stati ed è quindi destinato a prevalere sul diritto nazionale quando provenga dall’Unione Europea<sup>8</sup>, e che comunque è dotato di meccanismi impositivi (l’obbligo di ottemperare alle sentenze di condanna della Corte europea e, per noi, anche l’essere un parametro interposto di costituzionalità delle norme interne)<sup>9</sup> quando provenga dalla Cedu<sup>10</sup>.

### 3. *Un diritto europeo prevalentemente formulato per principi*

Per cercare di rispondere alla domanda, occorre considerare le più rilevanti caratteristiche che questo diritto proveniente dalle due Europe pre-

---

<sup>7</sup> Tra i tantissimi studi sulla nuova dimensione reticolare delle fonti, rinvio a quello classico di E. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Luis, Bruxelles, 2002.

<sup>8</sup> Il principio della primazia del diritto dell’Unione sui diritti nazionali è stato teorizzato per la prima volta dalla Corte di giustizia nelle celebri sent. *Costa c. Enel* (15 luglio 1964, C-6/64) e *Simmmenthal* (9 marzo 1978, C-106/77).

<sup>9</sup> Ciò è avvenuto, come noto, a seguito delle sentenze costituzionali n. 348 e 349 del 2007 che hanno individuato tale parametro nel diritto Cedu «così come interpretato» dalla Corte europea (per rilievi giustamente critici sull’operazione cfr. P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, 3<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 208 ss.): è il caso di sottolineare che, nell’attribuire questo ruolo al diritto Cedu nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, la Consulta *ha riconosciuto implicitamente a tale Corte il ruolo di “fonte del diritto”*. Successivamente, la Corte costituzionale ha, peraltro ‘relativizzato’ la portata del *dictum* riservandosi un «margine di apprezzamento» in ordine all’incidenza che l’interpretazione data dalla Corte europea alle norme Cedu può avere sulle specificità del nostro ordinamento interno, facendo salva, beninteso, l’esigenza che ne sia salvaguardata ‘la sostanza’ (sent. n. 311 e 317 del 2009 e 236 e 303 del 2011).

<sup>10</sup> Non senza dimenticare che i contenuti delle garanzie Cedu sono comunque incorporati anche nel diritto dell’Unione, per effetto dell’art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

senta: alcune di esse sono comuni ai due sistemi, altre sono diversificate.

Il primo e più significativo aspetto comune è costituito dalla tendenza di tutto il diritto europeo a *esprimersi per principi*, anziché per regole (le fattispecie normative che caratterizzano invece il diritto codicistico interno).

Per un verso, si tratta di una scelta naturale, ove si consideri che i due ordinamenti europei si rivolgono entrambi ad una pluralità di Stati e di ordinamenti nazionali e che il principio, nella sua duttilità, è uno strumento senz'altro più adatto a governare il molteplice. Per altro verso, però, si tratta di un elemento di cruciale importanza, perché da esso scende a cascata una serie di relevantissime conseguenze.

Così, poiché i principi si debbono per loro natura contemperare reciprocamente gli uni con gli altri, una prima conseguenza – che rappresenta al contempo una ulteriore cifra peculiare del diritto europeo – è data dall'*abbandono della logica binaria* (incluso/escluso, tutto/niente, valido/invalido), tipica di un diritto formulato per fattispecie, *a favore di una logica graduata* (parzialmente incluso/parzialmente escluso), in cui assumono centrale importanza le istanze di bilanciamento, di ragionevolezza<sup>11</sup> e il canone di proporzionalità, vera pietra angolare del diritto europeo. Si tratta di un passaggio che mette in risalto anche una particolare sensibilità per i valori sottesi ai principi, che, invece, la logica formalistica di impronta giuspositivista tipica di un diritto per fattispecie e legata al primato della legge non induce a coltivare in modo specifico<sup>12</sup>, proprio perché – specialmente, come dicevamo, sul terreno del processo penale – essa parte dall'idea che il valore da proteggere sia già incorporato nella norma, la quale, dunque, per salvaguardarlo appieno richiede solo di essere fedelmente applicata.

<sup>11</sup> Tale logica graduata appare anche funzionale all'impossibilità per un sistema pluralistico delle fonti di risolvere le incoerenze e i contrasti che possono prodursi tra ordinamenti diversi chiamati a interagire attraverso i rimedi ispirati a una logica gerarchica di *reductio ad unum* che sono tipici di un sistema monistico come quello statale (così G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2009, 46 ss.). Occorre, infatti, trovare soluzioni inclusive che consentano di far coesistere il molteplice, ordinandolo senza annullarlo e valorizzando il pluralismo senza precipitare nel relativismo, nella prospettiva di realizzare un 'pluralismo ordinato': C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Demalsiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2014, 1103. Sul concetto di pluralismo ordinato, M. DELMAS-MARTY, *Le forces imaginantes du droit*, (II), *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006.

<sup>12</sup> Cfr. i più generali rilievi di G. ZACCARIA, *Il futuro della teoria del diritto nei paesi di civil law*, in ID., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, 289 ss.

#### 4. Segue: *creatività giudiziale, ripartizione dei poteri, principio di legalità processuale*

Inoltre – e si tratta di un’ulteriore conseguenza di questa impostazione – un diritto per principi e la logica graduata su cui si regge *enfaticizzano il ruolo creativo del giudice* in modo assai più marcato di quanto possa avvenire rispetto ad un diritto costruito per regole. Indubbiamente, anche un sistema per regole può conoscere nella pratica forti tassi di creatività giurisprudenziale, ma, in quel contesto, i medesimi, o servono a colmare effettive lacune della legge, o non potranno che risolversi in una manipolazione e in una distorsione dei dati normativi (se ne è ricordato prima un esempio a proposito delle nullità), iscrivendosi così nell’ambito della patologia interpretativa. Al contrario, in rapporto ai principi, che sono degli ‘indicatori di direzione’, il giudice è necessariamente, e, quindi, fisiologicamente chiamato a un’opera inventiva per dar loro corpo in una situazione data.

È chiaro allora che un diritto per principi altera vistosamente la tradizionale ripartizione tra legislativo e giudiziario. Non tanto dal punto di vista formale, perché il canone della sottoposizione del giudice alla legge può essere riferito ad ogni legge, comprese le leggi europee, che il giudice interno è espressamente chiamato ad osservare (art. 11 e 117 Cost.)<sup>13</sup>, indipendentemente dalla struttura che presentino e quindi anche qualora si esprimano per principi. Ma sarebbe ingenuo nascondersi come tale struttura finisca invece per assumere un rilievo centrale quando è in gioco la ripartizione dei ruoli tra giudice e legislatore. Certo, si può supporre che, avendo a quei tempi davanti agli occhi solo un modello di diritto interno costruito per fattispecie, il costituente non si fosse in realtà posto più che tanto il problema. Resta il fatto, però, che è la stessa concezione di separazione dei poteri che si è venuta consolidando in epoca positivista a non poter essere considerata più «qualcosa di sacro e intoccabile», ma a richiedere di essere «riletta criticamente alla luce (...) dell’esperienza». Al di là del fatto che essa, «da

---

<sup>13</sup> Per l’opinione che, alla luce del processo di integrazione europea e della configurazione pluralistica del sistema delle fonti, l’art. 101.2 Cost. dovrebbe ormai fare riferimento ad entrambe i livelli di legalità, interno ed europeo v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al ‘diritto’. Contributo allo studio dell’art. 101 comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 127; sottolinea come questa interpretazione divenga funzionale, nella dinamica ermeneutico-applicativa, alla legittimazione degli sviluppi fattuali GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’?*, cit., 117. Occorre però anche riconoscere che, accogliendo quell’interpretazione – come sembra corretto – il principio contenuto nell’art. 101.2 Cost non può più trovare la sua esclusiva giustificazione in un certo assetto dei rapporti tra i poteri dello Stato.

squisitamente garantistica»<sup>14</sup>, quale appariva «nell'enunciato montesquieviano, si era pian piano risolta durante il corso della modernità in una smodata preminenza del potere legislativo»<sup>15</sup>, è chiaro infatti che la ripartizione dei poteri all'interno dello Stato si trova ormai a convivere, almeno per quanto riguarda i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, con il pluralismo delle fonti europee. È, dunque, l'idea stessa di un monopolio assoluto del potere legislativo nazionale<sup>16</sup> nella produzione del diritto a scontrarsi oggi con la realtà delle cose<sup>17</sup>, che esibisce un marcato pluralismo normativo<sup>18</sup>, anche all'interno di quel 'recinto sacro' rappresentato dalla giustizia penale<sup>19</sup>, soprattutto per effetto dell'irruzione pervasiva in quest'ambito del diritto europeo. Un pluralismo che ha messo in crisi il dogma della

<sup>14</sup> Un ritorno a quella funzione di tutela aveva animato, peraltro, il disegno del nostro costituente, che aveva concepito il principio di esclusiva sottoposizione alla legge soprattutto come garanzia di indipendenza esterna del giudice: cfr. P. CALAMANDREI, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea costituente*, 5 dicembre 1946.

<sup>15</sup> Occorre ricordare che «con la separazione dei poteri si volle creare arginamenti ai poteri del Principe moderno, che pretendeva di assommare in sé legiferazione governo giurisdizione», offrendo così garanzie formali al cittadino, ma al contempo si consegnava il «processo produttivo del diritto», a cui prima partecipavano anche giuristi e giudici, «interamente alla volontà del supremo potere politico»: così P. GROSSI, *Oltre la legalità* in ID., *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 5.

<sup>16</sup> Si allude naturalmente al legislatore nazionale, posto che il principio di separazione non può avere riferimento che ai poteri statuali.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, cit., 125, a cui appartiene anche il precedente passo virgolettato. Come avverte G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 212, «Il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come 'parti' del diritto, non come 'tutto il diritto'».

<sup>18</sup> È infatti venuta meno la struttura gerarchico piramidale delle fonti, sostituita da una struttura reticolare, caratterizzata da intrecci e relazioni tra norme nazionali ed europee. Sulla riorganizzazione dei poteri tra legislatore e giudice nel contesto sovranazionale che ne discende cfr. DELMAS-MARTY, *Le forces imaginantes du droit*, cit., (III). *La refondation des pouvoirs*, Editions du Seuil, Paris, 2006.

<sup>19</sup> Sovviene in proposito la celebre immagine di Massimo Severo Giannini, che aveva paragonato il mondo del 'penale' degli anni ante-guerra ad «una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie, con i porti sbarrati»: cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1973, 263 ss.

sovranità statale e che disegna un contesto nel quale i poteri del giudice interno non sono più definibili esclusivamente sulla base dei comandi del potere legislativo nazionale. Anzi, si può dire che a questo giudice, in quanto primo applicatore e controllore del diritto dell'Unione, vengono attribuiti due strumenti che lo pongono addirittura in una posizione di chiara superiorità rispetto alla legge interna, come quello della disapplicazione di quest'ultima quando essa contrastanti con una norma dell'Unione immediatamente applicativa<sup>20</sup> e quello dell'interpretazione conforme, quando invece la norma UE non presenti una simile caratteristica<sup>21</sup>. Dal canto suo, la metafora del 'giudice legislatore' non fa che alludere al fatto che questo soggetto è investito di un aumentato potere inventivo per effetto di quel diritto per principi in cui si sostanzia il diritto europeo.

Appare poi altrettanto evidente come l'incontro-scontro tra questo diritto per principi e il diritto per regole codicistico finisca per produrre forti contraccolpi pure sullo stesso concetto di legalità processuale di matrice illuministica, ancora fortemente introiettato dai giuristi italiani. Quest'ultimo si ispira ad un'idea formale, statica e, al contempo, rigida della legalità, che predica un'astratta corrispondenza ai modelli normativi e in cui il valore della decisione del giudice si fonda sulla sua autorità, che è, a sua volta, riverbero dell'autorità della legge che quella decisione è chiamata appunto a riaffermare. Per contro, la legalità europea assume un carattere *marcatamente giudiziale*<sup>22</sup>, *dinamico e teleologico*. Per essa il valore della decisione del giudice

---

<sup>20</sup> Si tratta di un potere che sembra porsi agli antipodi della visione positivista del giudice quale mero applicatore della legge, come avverte anche GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., 111.

<sup>21</sup> Si può aggiungere che a mettere in discussione il fatto che l'art. 101. 2 Cost. possa esprimere una relazione di tipo gerarchico starebbe, sul piano interno, al lo stesso giudizio incidentale di costituzionalità: cfr. GROSSI, *L'invenzione*, cit., loc. ult. cit.

<sup>22</sup> GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 29 ss. ritiene addirittura preferibile eliminare oggi ogni riferimento alla legalità, in quanto, riagganciandosi alla legge quale parametro esclusivo, totalizzante e monopolistico della giuridicità, essa costituirebbe un «vocabolo/concetto intrinsecamente *monodico*, incapace di esprimere quella realtà *polifonica* che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica». A suo avviso sarebbe dunque necessario parlare non più di 'principio di legalità', ma di 'primato del diritto', o di 'supremazia del diritto'. Pur aderendo nella sostanza a queste argomentazioni, riteniamo tuttavia preferibile continuare a riferirci all'espressione 'legalità' con riguardo ad un settore particolare dell'ordinamento come quello del processo penale, dove questo termine assume, come dicevamo, comunque un significato tipico (la legalità processuale), e nel quale l'impronta legalistica appare comunque ancora assai fortemente radicata in ragione dei valori che qui vengono in gioco e

si misura sulla base della sua autorevolezza e della sua persuasività, cioè sulla base della sua capacità di giungere a un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e parametrato su valutazioni di proporzionalità, produca in concreto una decisione giusta<sup>23</sup>. Alla mera corrispondenza dell'azione alla legge, emblema della 'vecchia' legalità, si sostituisce, anzi, si sovrappone e si intreccia, in questa prospettiva, la corrispondenza dell'azione non solo alla legge, ma anche allo scopo<sup>24</sup>. Ciò che la 'vecchia' legalità voleva (ingenuamente) riaffermare, cioè l'illuministico ideale di certezza del diritto, si converte nella legalità europea in un più 'laico' e meno utopistico obiettivo di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Resta il fatto che, nell'attrito prodotto dallo scontro tra diritto europeo e diritto nazionale – ovviamente nelle materie interne su cui incide il diritto europeo, che però sono molte ed in costante aumento, tanto da rendere ormai spesso difficile distinguere 'interno' da 'esterno' –, la rigidità delle forme processuali tende inevitabilmente a sfaldarsi. Lo si può constatare facilmente già alla luce di quell'operazione cruciale nell'applicazione del diritto europeo, a cui già abbiamo fatto cenno, che è rappresentata dall'«interpretazione conforme», dove l'esigenza di interpretare la regola interna alla luce del principio europeo porta alla creazione di una nuova norma che risulta dall'amalgama delle due, ma che, tuttavia, finisce inevitabilmente per essere plasmata assai più dalla forza duttile del principio<sup>25</sup>. La 'mineralogia' della fattispecie è poi ulteriormente erosa dall'applicazione del canone di proporzionalità, che il codice conosce solo in settori molto limitati, come

---

dell'idea che sia appunto la legalità processuale a poterli meglio tutelare. Parlare in questo contesto anche di una diversa 'legalità europea', in cui largo spazio assumono invece le fonti di matrice giudiziale, può, dal canto suo, aiutare a cogliere meglio il diverso approccio che il diritto europeo presenta rispetto al diritto codicistico interno in materia di processo penale proprio sullo specifico piano della produzione del diritto. Sul fatto che il principio di legalità, benché trasfigurato, continui a svolgere una funzione essenziale, connessa all'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio decisionale, prescrivendo il trattamento uguale o imparziale, B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato* in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, 274.

<sup>23</sup> Si rinvia a R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di Procedura penale europea*, V ed., Giuffrè, Milano, 2022, 76.

<sup>24</sup> M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in «Enciclopedia del diritto – Annali», VI, Giuffrè, Milano, 2007, 420 s.

<sup>25</sup> Cfr. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 44.

quello cautelare, ma che diviene invece parametro generale di decisione per il diritto europeo.

##### 5. Segue: *dimensione empirico-fattuale del diritto CEDU*

A questi aspetti che accomunano il diritto delle due Europee, *il diritto Cedu* ne aggiunge poi uno suo proprio, che appare tanto centrale per la sua economia quanto ulteriormente dirimpante rispetto ai parametri del nostro diritto processuale penale interno, e che è rappresentato dalla sua *forte dimensione empirico-fattuale*. È una caratteristica che si rapporta alla funzione della sua Corte di riferimento, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, presentandosi come Corte dei diritti umani volta a verificare il rispetto delle garanzie convenzionali da parte degli Stati aderenti nel contesto di specifiche vicende processuali, assume la veste di giudice dei fatti concreti, differenziandosi in questo dalla Corte di giustizia che, ponendosi invece come Corte di integrazione europea che mira a garantire un'uniforme applicazione del diritto eurounitario, svolge una funzione che è invece necessariamente legata ad un'interpretazione astratta delle norme.

L'equità processuale, garanzia nodale del sistema Cedu, perché ricomprende in sé una larga parte delle garanzie convenzionali dedicate all'imputato, esemplifica bene la dimensione fattuale di cui stiamo parlando. Il giudizio che è tenuta ad effettuare in proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo non si esaurisce infatti nel verificare se le garanzie di equità indicate dalla Convenzione europea ed implementate dalla giurisprudenza di Strasburgo siano state rispettate in sé, ma include anche un'inedita valutazione complessiva del caso giudiziario sottoposto al suo vaglio (il c.d. *as a whole test*), in cui possono entrare in gioco eventuali elementi compensativi (meglio sarebbe dire di bilanciamento), non predeterminabili in anticipo, che possano far ritenere 'sanati' ai fini del giudizio di equità processuale eventuali deficit di garanzie riscontrati nel corso del processo.

È chiaro che ci troviamo di fronte al momento di più stridente e acuto contrasto con la struttura e con la logica codicistica. Un contrasto sullo sfondo del quale si possono cogliere in controluce due diverse concezioni del diritto: quella che vede la sua matrice originaria nell'idea aristotelica del diritto come scienza pratica, recepita poi dai sistemi di *common law* e di cui si fa oggi portatrice la Convenzione, e quella affermatasi nel continente europeo in età moderna, del diritto come scienza teoretica<sup>26</sup>, di cui è invece

---

<sup>26</sup> VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 421 ricorda come questa visione – che Aristotele riteneva

tutt'ora espressione il nostro codice di rito. Il giudizio di equità processuale è potenzialmente capace di azzerare le garanzie astratte di un processo penale costruito per fattispecie. Poiché tiene conto delle cangianti peculiarità del caso, esso si propone come un giudizio che ambisce ad essere più giusto perché più vicino alla realtà dei fatti, da cui invece resta – programmaticamente – lontano il nostro sistema normativo interno. Esso, peraltro, consegna ogni valutazione alla discrezionalità del giudice. E non sorprende (anche se indubbiamente colpisce) che, data la sua sostanziale opacità, questo giudizio si sia potuto prestare talora anche a gravi manipolazioni di segno nettamente antigarantistico da parte della Corte europea; il che è successo quando essa si è mostrata troppo accondiscendente e ossequiente verso le istanze securitarie e populiste nazionali, che ha assecondato sul piano dell'abbassamento delle garanzie invece di contrastarle, mantenendo salda la sua funzione di controllo del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati membri<sup>27</sup>.

#### 6. Segue: le “garanzie minime” del diritto europeo

Un'ultima caratteristica che nuovamente accomuna il diritto di entrambe le Europee è data, infine, dal fatto che esso mira ad assicurare solo ‘garanzie minime’.

Anche questa è una conseguenza del fatto che i due sistemi europei si rivolgono ad una pluralità di ordinamenti nazionali assai diversi tra loro, a cui dunque possono ragionevolmente imporre solo denominatori comuni

---

estranea al diritto, perché per il diritto la conoscenza non costituisce un obiettivo in sé, un obiettivo di ‘verità’, come avviene per le scienze che appartengono al mondo che non muta né è mutabile – si fosse invece sviluppata nel continente europeo parallelamente alla filosofia meccanicistica, che rappresentò un ingrediente fondamentale sia per la struttura concettuale della rivoluzione scientifica, sia per le teorie politiche assolutistiche. Dal canto suo, la visione formalistica del diritto che postulava la perfezione dei congegni normativi, veniva ben rappresentata dalla metafora dell'orologio, in auge dalla metà del Seicento.

<sup>27</sup> Un simile atteggiamento si riscontra, ad esempio, in C. euro, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Thary c. Regno Unito*; Id. Grande Camera, 15 dicembre 2015 *Schatbaschwili c. Regno Unito*; Id, Grande Camera, 13 ottobre 2016, *Ibrahim e alt. C. Regno Unito*. Rinvio sul punto alle considerazioni svolte in R.E. KOSTORIS, *Per una ‘grammatica’ minima del giudizio di equità processuale*, in ID, *Processo penale e paradigmi europei*, 2<sup>a</sup> ed. accresciuta, Giappichelli, Torino, 2022, 236 ss.

minimi<sup>28</sup>. La loro fissazione può sicuramente avvantaggiare i Paesi i cui sistemi processuali si trovino al di sotto di quella soglia, perché, spronandoli ad adeguarsi ai parametri europei, promuove una loro evoluzione, un innalzamento dei loro standard qualitativi; ma può invece svantaggiare in qualche misura Paesi come il nostro che talora conoscono livelli più avanzati di tutela. Ad esempio, noi escludiamo in via generale l'utilizzabilità probatoria degli atti delle indagini preliminari raccolti unilateralmente dagli organi investigativi, mentre la Corte europea restringe il divieto al solo caso in cui elementi non raccolti in contraddittorio abbiano costituito la prova 'unica o determinante' di una sentenza di condanna<sup>29</sup>. Ci può svantaggiare perché, nonostante il livello minimo delle garanzie Cedu e delle garanzie UE non sia certamente di ostacolo all'adozione di standard più alti in sede nazionale (lo ribadiscono, anzi, la stessa Convenzione all'art. 53 e la Carta dei diritti fondamentale UE all'art. 53), il continuo confronto tra diritto nazionale e diritto europeo che il giudice interno è chiamato ad operare quotidianamente per garantire la conformità del primo al secondo, lo può rendere, di fatto, sempre meno attento e sensibile verso le più elevate garanzie codicistiche, che comunque richiedono generalmente maggiori 'costi' per il sistema, in termini di tempi e di risorse, senza risultare, alla fine, necessarie per adempiere agli obblighi europei<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Per più ampie riflessioni, cfr. R.E. KOSTORIS, *Il Processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie pos-moderne del diritto europeo*, in M. Bertolissi (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Giappichelli, Torino, 2019, 272 s.

<sup>29</sup> C. europea, 24 novembre 1986, *Unterpringer c. Austria*, § 33; Id., 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 44; Id., 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 86.

<sup>30</sup> Un meccanismo in qualche misura analogo sembrerebbe realizzarsi anche quando il giudice interno sia chiamato a dare esecuzione ad un ordine europeo di indagine penale (o.e.i.), essendo egli tenuto ad osservare a tal fine solo i 'principi fondamentali' dell'ordinamento italiano. A parte l'estrema genericità di un simile riferimento, è chiaro che esso invita comunque il giudice a una 'semplificazione' mentale del nostro sistema, che poi sarà facilmente portato a replicare anche quando dovrà applicare solo le regole codicistiche. Sul punto, con particolare riferimento al sistema delle invalidità processuali, cfr. pure M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., 155 ss. e spec. 158.

7. *I problemi della coesistenza e dell'intreccio tra i due modelli: il pluralismo giuridico contemporaneo e la necessità di affrontare un deciso cambio di paradigma*

In definitiva, mentre la disciplina codicistica del processo penale, al di là della sua complessità e stratificazione, si mostra rigida nella sua astrattezza, il diritto europeo appare più libero e flessibile, avendo di fronte a sé la via larga dei principi anziché quella stretta delle regole.

Resta la domanda centrale a cui non è agevole dare risposta: come governare questo incontro-scontro tra entità e materiali tanto diversi, che obbediscono a logiche e a culture tanto diverse, ma che però – questo è il punto – sono costretti a convivere sotto lo stesso tetto, sovrapponendosi a questa così delicata e complessa fase di transizione, che tocca, beninteso, ogni campo del diritto, ma che certamente presenta problemi assai più acuti nell'ambito del processo penale in ragione degli interessi che vi sono coinvolti e anche della tradizione culturale ancora dominante, a cui facevamo cenno in esordio, che ha sempre visto nell'esclusivo rispetto della legge la massima tutela possibile di quegli interessi?

Di fronte al nuovo – come osserva Kuhn<sup>31</sup> – si possono avere tre atteggiamenti diversi. Il primo, assai comune, è quello del rifiuto. È un atteggiamento comprensibile, perché il nuovo sconvolge gli equilibri consolidati, quindi preoccupa, mette a disagio; ma, per poterlo coltivare con successo, occorre disporre di un reale potere di scelta al riguardo, che qui invece sembra mancare, almeno finché vorremo restare agganciati al sistema dell'Unione Europea e a quello Cedu<sup>32</sup>. Il secondo atteggiamento è quello che potremmo chiamare dell'autoinganno: si cerca di far rientrare artificiosa-

<sup>31</sup> T.S. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., 2<sup>a</sup> ed. integrata con il *Poscritto 1969*, Einaudi, Torino, 1999.

<sup>32</sup> Qualcuno (D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA. VV., *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Cedam, Padova, 2017, 86 ss.) suggerisce invece di contrastare il diritto giudiziale derivante dall'Unione sostenendo che il principio di stretta legalità, inteso come legalità per regole, rappresenterebbe un controlimite opponibile a un diritto europeo formulato per principi, prefigurando un contrasto del diritto giurisprudenziale con l'art. 111.1 Cost., laddove prevede che il 'giusto processo' deve essere regolato dalla legge. A parte ogni altra considerazione, questa ricostruzione rivela però la sua fragilità di fronte ad un'obiezione assai semplice: quel preteso controlimite non può essere opposto perché presupporrebbe di respingere praticamente in blocco tutta la disciplina europea che è strutturata per principi: non si tratterebbe, dunque, più di un controlimite, ma di una totale blindatura del codice di rito nel suo complesso, che evidentemente non è ipotizzabile nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo.

mente il nuovo nel vecchio, limitandosi al più a considerarlo come un'eccezione alle regole generali. È una prospettiva apparentemente tranquillizzante perché non chiede di sovvertire le coordinate tradizionali. Ed è una reazione spesso inizialmente messa in campo di fronte alle nuove scoperte scientifiche. Ma quando le eccezioni cominciano a moltiplicarsi sommergendo le regole essa mostra all'evidenza le corde.

Il terzo atteggiamento è quello di riconoscere il nuovo per quello che è, operando un deciso cambio di paradigma per comprenderne la reale portata. Ed è la sola via per poter cercare di governarlo al meglio, anziché restarne passivamente governati. Il che significa, per quanto riguarda l'ambito che qui interessa, cercare di preservare i fondamenti irrinunciabili del nostro processo penale, essendo disposti a cedere su aspetti meno essenziali. Sappiamo bene, del resto, che la tradizionale legalità normativa, a cui molti sono ancora fortemente legati, è anche piena di ombre<sup>33</sup>. La legge è tutt'altro che un'entità angelicata; non garantisce la bontà dei suoi contenuti (per rendersene conto non occorre nemmeno pensare al caso più macroscopico rappresentato dalle leggi razziali; basta guardarsi intorno: la nostra produzione normativa è disseminata di esempi di leggi 'cattive'); non garantisce di essere il frutto di scelte democratiche (pensiamo solo all'abuso della decretazione d'urgenza e al ruolo spesso notarile del Parlamento rispetto alla produzione normativa dell'esecutivo, ma non è neppure irrilevante al riguardo il tasso di democraticità che presenta il sistema elettorale con cui i cittadini sono chiamati a scegliere i loro rappresentanti); non garantisce

---

<sup>33</sup> Come ci ricorda GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 7 ss., la moderna legalità nasce in un contesto dominato dall'icona settecentesca «del Principe come modello di uomo, immune dalle passioni umane di cui sono facili prede il sapiente e il giudice, e, quindi, come modello di un'imparzialità conseguente alla sua assoluta superiorità, capace (...) di produrre un diritto che, provenendo dalla volontà di un solo soggetto, non potrà che essere saldamento compatto», dotato di «una sicura unitarietà e, quindi, una sicura coerenza», di «facile riduzione a sistema, con le apprezzabili qualità della chiarezza e della certezza». Una legalità che esprime la forza del potere supremo e la sua assoluta controllabilità da parte di quest'ultimo, consegnandosi totalmente nelle sue mani. Allo stesso tempo, «nasce da qui quella sfiducia nella dottrina e nel ceto giudiziario (...) che è calata e riposa ancora nel nostro animo (e, forse, più nel nostro cuore) di giuristi odierni in un paese di *civil law*, rendendo alterata e viziata la nostra valutazione di viventi e operanti in un frangente storico tanto diverso». Sul collegamento nei sistemi di *civil law* tra il principio di legalità e la visione assolutistica dello Stato, che rimase tale anche quando al potere assoluto del sovrano si volle sostituire quello, pure esso assoluto, di un'Assemblea sovrana, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 25 s.

nemmeno la chiarezza dei suoi comandi, tanto vagheggiata dal pensiero illuministico, essendo sotto gli occhi di tutti il fortissimo decadimento della tecnica legislativa (oltretutto, ormai in troppi casi per cercare di capire il senso di una prescrizione l'interprete deve sobbarcarsi a un improbo e defaticante lavoro di collazione e comparazione di una serie di innumerevoli precetti pulviscolari costruiti a scatole cinesi, ognuno dei quali rinvia all'altro); né garantisce la ponderazione delle scelte che l'hanno determinata, le quali, specie negli ultimi tempi, appaiono spesso concepite sull'onda di reazioni emotive, o dettate dai meri calcoli politico/elettorali del momento, e che, quindi, vengono assai spesso rimesse (anche radicalmente) in discussione non appena mutano le contingenze che le avevano determinate.

Nemmeno il giudice, beninteso, è un'entità angelicata. Egli resta, tuttavia, pur sempre un interprete della società in cui vive, un sismografo dei suoi movimenti<sup>34</sup>. In questa prospettiva, il ruolo maggiormente creativo che il diritto europeo gli assegna, unito a un'attenzione per la fattualità, potrebbe consentirgli di operare in modo più aderente alle necessità concrete. Naturalmente, è una creatività che pone di fronte al rischio incombente che essa trasmodi in quell'arbitrio che il razionalismo illuminista aveva voluto imbrigliare attraverso la rigida formalizzazione del sistema normativo. E bisogna essere onesti: non esistono formule magiche che possano azzerare quel rischio. Tuttavia, è piuttosto l'assunto di partenza che va capovolto, ponendo in luce come il margine inventivo affidato al giudice non gli conferisca alcuna libertà assoluta, ma, al contrario, gli imponga di muoversi seguendo precisi percorsi, che, nell'alveo segnato dai principi, implicano la ricerca della soluzione più razionale, più adeguata, più convincente, che tenga conto di tutti gli elementi in gioco e delle loro interrelazioni e che implichi il minor sacrificio dei diritti fondamentali. Un contesto nel quale il dato normativo deve essere posto in tensione con lo scopo da raggiungere. In altri termini, si può dire che il giudice resta comunque vincolato: solo non da precetti rigidi, ma dal dovere di giungere a soluzioni correttamente argomentabili, un po' come accade quando valuta la prova secondo il proprio libero convincimento<sup>35</sup>. Certo, siamo di fronte ad una

<sup>34</sup> Già M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 poneva in luce come i giudici, pur privi di una legittimazione democratica formale, sono costretti a confrontarsi quotidianamente con le esigenze reali della vita sociale.

<sup>35</sup> Anzi, a ben vedere, in quest'ultimo caso la sua libertà di scelta è ancor meno condizionata dalle norme, che si limitano a fissare solo dei divieti probatori e delle regole generalissime di valutazione (art. 192 commi 2 e 3 c.p.p.). Piuttosto, i vincoli per il giudice sono rappresentati qui dalle leggi della logica, della scienza e, appunto, della ragionevolezza.

garanzia più fluida, nella misura in cui si regge su parametri valoriali non definibili e predeterminabili chiaramente in astratto<sup>36</sup>.

Al contempo, però, già lo si accennava, deve essere assicurata una ragionevole prevedibilità delle decisioni del giudice<sup>37</sup>. Da questo punto di vista, si potrebbe temere che i principi, in ragione della loro genericità, possano allontanare da questo obiettivo, alimentando un'anarchia interpretativa. È un timore che, in realtà, sembra superabile riflettendo sul fatto che, dovendosi comunque muovere entro i binari tracciati dai 'valori' che innervano i principi<sup>38</sup>, la creatività ermeneutica del giudice potrà restarne calmierata, presentando oscillazioni inferiori a quelle che possono derivare alla fine da una interpretazione distorta delle regole codicistiche, che, invece, può più facilmente sfuggire a qualsiasi argine di contenimento<sup>39</sup>. Del resto, quello di definire sempre meglio il contenuto che i principi devono avere in sé e nelle più frequenti situazioni di bilanciamento con gli altri principi è un essenziale compito di tipo nomofilattico che le Corti di vertice europee dovranno avere sempre più a cuore nell'interesse dello stesso diritto europeo<sup>40</sup>, al fine di facilitare una sua applicazione uniforme da parte degli Stati membri, in modo che esso possa svolgere quella funzione armonizzatrice che rappresenta un obiettivo centrale in vista dello sviluppo di un più accentuato sentire comune e di una maggior fiducia reciproca tra gli Stati, a

---

<sup>36</sup> Cfr. M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir.pen.cont- Riv.trim.*, 4/2016, 14

<sup>37</sup> Come sottolinea M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir.pen.cont.*, 2 novembre 2016, 10 quello della prevedibilità è un valore che si attaglia a una visione del diritto inteso come scienza pratica.

<sup>38</sup> Sia pur riferendosi alla nostra Costituzione, P. GROSSI, *L'Invenzione del diritto*, cit., 118 sottolinea come i principi restano certamente elastici, perché «i valori nascono e si affermano per gli uomini e gli uomini vivono nella storia e la storia *diviene*, si muove, anche se spesso il movimento si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata», aggiungendo, tuttavia, che la nitidezza del nucleo valoriale da cui i principi promanano esclude che essi possano soffrire invece di vaghezza.

<sup>39</sup> Infatti, è proprio quella distorsione, quella deviazione ad allontanare automaticamente dall'alveo, dato che qui esso viene a coincidere con la stessa formula attraverso cui la regola si esprime.

<sup>40</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa*, in O. Roselli (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, 2018, 308 s.

loro volta requisiti imprescindibili per una efficace lotta comune al crimine transnazionale.

Detto questo, credo che si possa comunque trovare un modo per favorire un rapporto meno conflittuale tra regole processuali interne e principi europei: ed è quello di interpretare le regole in funzione precipua del valore che esse dovrebbero tutelare. Occorrerebbe, in altri termini, dismettere la lettura formalistica a cui facevamo cenno in precedenza, fondata sul presupposto che il valore sia già ‘incorporato’ nella norma, per guardare invece allo scopo da raggiungere, ponendolo in relazione alla situazione processuale del caso concreto. Questa lettura maggiormente ‘valoriale’ delle regole interne potrebbe infatti costruire un ponte, un collegamento con il mondo dei principi europei, che è profondamente radicato in un substrato valoriale. Certo, alcune previsioni interne, nonostante questo approccio (che poi andrebbe comunque nella direzione di un’interpretazione conforme, per così dire ‘accentuata’), potrebbero rivelarsi comunque in conflitto con i principi europei; nel qual caso, resterebbe sempre aperta la via di una declaratoria di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. Ma, nel complesso, l’operazione potrebbe riuscire ad avvicinare con il minor trauma possibile l’ordinamento processuale interno a quello europeo e ad avvicinare così anche le due forme di ‘legalità’ di cui i medesimi sono espressione.

Resta il fatto che per traghettare una così delicata fase di transizione, per riuscire a rendere meno conflittuale quell’antagonismo tra vecchio e nuovo, tra un processo per regole e un diritto europeo per principi che deve alla fine trovare composizione di fronte a un caso giudiziario da risolvere e che deve farlo in una equilibrata visione di sintesi e, sperabilmente, anche in una forma di coesistenza virtuosa, sembrano comunque necessari anche alcuni cambi di paradigma.

Sotto un primo profilo, ci si dovrebbe domandare se il vecchio modello positivistico del giudice burocrate, passivo esecutore della legge, su cui è tuttora largamente impostato il nostro ordinamento giudiziario sia ancora adeguato al ruolo, alla posizione e alle responsabilità<sup>41</sup> che implica l’esercizio

---

<sup>41</sup> Può essere interessante ricordare come anche in un contesto ispirato alla concezione meccanicistica del giudice passivo applicatore della legge si fosse comunque trascurata l’esigenza di richiedere che si trattasse di un soggetto comunque fornito di doti particolari di prudenza e di equilibrio, oltre che di scienza e di integrità morale. Sulla necessità di possedere tali requisiti per l’accesso al senato piemontese, cfr. *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, nella Stamperia reale, 1770, tom. I, lib. II, tit. III, capo II, art. 1 e capo III, art. 1; nonché tom. I, lib. II, tit. II, capo I, art. 1.

da parte di questo soggetto di un'attività ormai di tipo anche normopoietico. Ma soprattutto, non sfugge che i nuovi scenari che si prospettano richiedono in ogni caso giuristi liberati dal peso dei condizionamenti del passato, e, al contempo, custodi dei valori di garanzia che il processo penale non deve mai dismettere. In questa prospettiva, andrebbe propiziato il formarsi di una cultura comune di tutti gli operatori del processo che possa favorire un loro *idem sentire*, un loro riconoscersi in valori condivisi. Un *idem sentire* che ovviamente dovrebbe anzitutto unire tra loro i giudici, così da farli sentire tutti parte di una coesa comunità di interpreti impegnata a garantire uniformità e prevedibilità alle loro decisioni. Occorre, dunque, pensare a una generale formazione comune *post lauream*, possibilmente allargata a tutti i giuristi, avvocati e magistrati, che comprenda anche periodi obbligatori di tirocinio presso studi legali e presso uffici giudiziari, requirenti e giudicanti, per tutti e, alla fine, magari, un concorso unico di accesso all'avvocatura e alla magistratura. Al contempo, e ben prima, già nelle aule universitarie, occorre allevare una nuova generazione di giuristi che impari a muoversi nella complessità, a sapervi convivere e a saperla gestire. Compito non facile, che presuppone già nella classe docente una forte consapevolezza al riguardo e una forte assunzione di responsabilità.

Occorre allora prefigurare una rottura drastica con il passato? Sì e no. Sì, perché viviamo in un contesto molto mutato, che non possiamo più ignorare e che non possiamo più interpretare con gli strumenti del passato, ma che dobbiamo saper affrontare con occhi nuovi; no, perché veniamo anche da una 'tradizione civile', la cui essenza va assolutamente preservata e difesa. E allora, parafrasando la celebre frase del Principe di Salina nel Gattopardo di Tomasi di Lampedusa, dobbiamo pensare che molto debba e possa cambiare delle cose che possono cambiare affinché nulla cambi di ciò che è e deve restare irrinunciabile, cioè dei cardini, dei valori fondamentali e fondanti del processo penale.