

Testo della *lectio doctoralis* svolta dal prof. Roberto E. Kostoris in occasione della laurea *ad honorem* assegnatagli nell'ottobre 2016 dall'Università di Timisoara.

La *lectio* è stata svolta in lingua inglese. Qui si presenta la traduzione italiana, in attesa di pubblicazione sulla *Rivista di diritto processuale*.

* * *

Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di *civil law*

Sommario: 1. Un concetto antico ridiventa nuovo. - 2. Le forme del processo penale come garanzie. L'impostazione dei codici moderni. - 3. Il diritto come 'scienza pratica' e l'*aequitas* medievale. - 4. Diritto europeo ed equità processuale: l'ibridazione del processo penale tra regole e principi.

1. Un concetto antico ridiventa nuovo.

Il diritto contemporaneo, e quello processuale penale per quanto ci interessa, vivono un momento di complessa transizione. Il pluralismo delle fonti e il loro stretto intrecciarsi, la loro varia natura legislativa e giurisprudenziale, il loro carattere multilivello, interno, europeo, internazionale, l'ibridazione tra le due culture della *civil law* e della *common law* che esse producono ci pongono di fronte a grandi sfide. In questa babele giuridica si avverte fortemente il bisogno di trovare qualche base sicura in cui potersi riconoscere. Questa base non può che essere sempre più rappresentata dalla piattaforma del diritto europeo, oggi anche per la giustizia penale, se non altro in ragione della forza cogente che quel diritto presenta per gli ordinamenti nazionali e della conseguente funzione armonizzatrice che esso può direttamente o indirettamente svolgere. Tra i principi più significativi del diritto europeo in materia di processo penale un ruolo centrale è assunto dall'equità processuale. Concetto in qualche misura nuovo per la nostra cultura moderna, ma anche molto antico, perché riprende sotto vari aspetti l'*eipeikeia* aristotelica e soprattutto l'*aequitas* del mondo classico e medievale, mentre risulta abbandonato per tutta l'era moderna nell'ambito degli ordinamenti di *civil law*¹, migrando invece per il tramite dell'*aequitas canonica* nella *common law* inglese², alla cui base di valori ha attinto infine la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹ Un discorso a parte andrebbe fatto per l'esperienza del diritto sovietico rivoluzionario e il concetto di "coscienza giuridica socialista" che esso aveva fissato come criterio di giudizio per i tribunali (cfr. V. Frosini, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 75 s.).

² J.L. Barton, *Equity in the Medieval Common Law*, in (R.A. Newman ed.) *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study dedicated to R. Cassin*, Bruylant, Brussels, 1973, 139 ss.

Nel sistema CEDU l'equità è concepita come principio fondante da cui deriva e si è ulteriormente sviluppata attraverso la giurisprudenza della Corte europea un'intera costellazione di garanzie processuali, mentre, dal canto suo, il diritto dell'Unione ne richiede il rispetto inserendola ormai come clausola fissa in tutte le sue più recenti direttive di armonizzazione in materie di garanzie processuali³. Il suo rilievo centrale pone dunque questo principio come ineludibile punto di riferimento e oggetto di attenzione per qualsiasi giurista continentale. Con un'avvertenza che è però subito necessario porre bene in evidenza: questo giurista si è formato proprio in quel *milieu* culturale, rappresentato dal positivismo giuridico moderno, che ha recisamente respinto costruzioni del processo penale aperte a prospettive di equità. E' dunque naturale che tale giurista possa trovare qualche difficoltà a metabolizzare le implicazioni di una simile dimensione regolativa, che richiedono un deciso salto di paradigma rispetto alle coordinate ricevute dalla tradizione.

2. Le forme del processo penale come garanzie. L'impostazione dei codici moderni

Conviene partire proprio da questa 'pregiudiziale moderna' per scoprire le motivazioni che ne stanno alla radice e la matrice culturale sulla quale poggiano.

Agli occhi del processualpenalista moderno di *civil law* – parlo naturalmente *in primis* del giurista italiano, ma credo che il discorso possa assumere anche una prospettiva più generale – l'endiadi equità e processo penale sembra assumere quasi il sapore di un ossimoro. Il processo penale deve svolgersi nello scrupoloso rispetto delle regole previste dal codice; esse sono certamente espressive di valori ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore; ma questi valori si 'consumano' in quelle regole nel momento stesso in cui la sovrana volontà della legge le ha create; tali regole di 'procedura' vanno dunque applicate agnosticamente e rigorosamente in quanto tali, come un valore in sé. Un legislatore del processo penale che concedesse spazi all'equità si porrebbe in antitesi con una simile logica, perchè svincolerebbe – sia pur anche solo in parte – dal rispetto di quelle regole; si affiderebbe a scelte discrezionali del giudice, alle sue doti di equilibrio e di saggezza. E, ove lo facesse – sia ipotizzando decisioni equitative sul merito del processo, sia ipotizzando forme equitative processuali, o, se si preferisce, decisioni equitative aventi ad oggetto segmenti di procedura, cioè inerenti alla procedura in sé – verrebbe meno a un preciso obbligo di tutela.

Se, infatti, la presenza del canone regolativo dell'equità può essere talora accettato nella sfera del diritto privato, dato che qui sono in gioco interessi patrimoniali, per loro stessa

³ Cfr. art. 2.2. Direttiva 2010/64 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; art. 6 Direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; art. 8 Direttiva 2013/48 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; art. 10 Direttiva 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; art. 2.6 Direttiva 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

natura soggetti a trattativa e a compromessi, e dove è vivo nei suoi stessi cardini regolativi il senso dell' affidamento (si pensi al concetto di buona fede) e della gestione equilibrata (si pensi al concetto di buon padre di famiglia) e nel cui ambito la figura dell' "arbitro" gioca un ruolo di crescente importanza, il processo penale deve aborrire nel modo più fermo ogni apertura al riguardo. La spiegazione è semplice. Qui sono in gioco il futuro e la libertà di una persona, l' "essere", e non l' "avere", secondo la nota metafora Carneluttiana. E' qui, infatti, che il rapporto tra autorità dello Stato e libertà del cittadino trova il suo momento di massimo conflitto, perché è qui che si esercita con tutta la sua carica di violenza legale una delle massime espressioni della sovranità statale, rappresentata dalla c.d. potestà punitiva. In un contesto simile la tutela dell' inquisito deve essere attuata attraverso il rigoroso rispetto delle regole normative; solo esse possono infatti rappresentare un efficace presidio contro abusi ed arbitri⁴, a cui invece potrebbero aprire la porta valutazioni equitative.

Questo modo di ragionare riassume sostanzialmente gli esiti del pensiero illuminista, che, in ragione delle sue ascendenze giusnaturalistiche, valorizzando in generale l' uomo, aveva valorizzato anche l' uomo inquisito, che la procedura inquisitoria dell' *Ancien Régime* aveva ridotto a inerme oggetto di una potestà di imperio⁵. Un tale riconoscimento di diritti in capo a questo soggetto avveniva però nel contesto dell' approccio astratto tipico di tutto il pensiero illuministico (un uomo astratto colto in un astratto 'stato di natura' e una legge astratta che ne regola la vita e i rapporti)⁶. L' astrazione della legge portava all' astrazione delle forme. Un fenomeno generale, comune ad ogni settore del diritto, ma, che, tuttavia, con riguardo al processo penale, si colorava di un significato particolare. Infatti, il rispetto delle forme si trasformava qui in "palladio delle libertà" per l' imputato, perché, garantendogli il rispetto della parità di trattamento e della certezza del diritto, segnava un marcato capovolgimento di prospettiva rispetto all' arbitrio che aveva caratterizzato la giustizia punitiva dell' epoca precedente⁷. Si tratta di una cifra importante, che continuerà ad essere invocata come conquista di civiltà, sia pure a fasi alterne, nella storia del processo penale degli ultimi duecento anni. Essa si rapporta naturalmente anche a una ben precisa immagine del diritto, imperniata, secondo i canoni del positivismo moderno, sulla legge statale (il codice) posta al vertice delle fonti, a cui è attribuito il monopolio della produzione giuridica, che costituisce la massima espressione della sovranità dello Stato e di cui il giudice deve essere passivo e scrupoloso esecutore⁸. Il diritto è concepito come *scientia*

⁴ C.L. de Secondat de Montesquieu, *L'esprit des Lois* (1748), IV, II

⁵ R.E.Kostoris, *Le fonti*, in R.E.Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2 ed. riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 2015, 2 s.

⁶ P.Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2007, 100 ss.

⁷ Non si deve dimenticare che durante il periodo della Rivoluzione Francese si guarda con estremo interesse all' esperienza inglese per recepire idee e istituti del processo accusatorio di *common law*, giungendo anche ad importare in Francia la giuria: cfr. F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, 50 ss.

⁸ Si tratta della concezione illuministica del giudice considerato come bocca della legge: v. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), IV, *Interpretazione delle leggi*.

iuris, scienza teoretica, cioè dominio della razionalità formale, del ragionamento sillogistico e del metodo deduttivo, dell'opzione binaria (vero-falso, tutto-niente, legittimo-illegittimo). Si tratta, peraltro, di un modello giuridico autoreferenziale, perché esaurisce ogni discorso sul diritto e sul processo in un discorso di previsioni legislative, sradicate dalle peculiarità del caso a cui vanno applicate⁹. Esso implica una netta cesura tra mondo del diritto e mondo dei fatti.

Indubbiamente va aggiunto che, nel tempo, la purezza di questo modello è stata fortemente incrinata da vari fattori. Dal riconoscimento del ruolo creativo e non meramente esecutivo esercitato dalla giurisprudenza, dall'avvento delle costituzioni moderne postbelliche, fonti del diritto che si esprimono in 'principi', al contrario della legge che si esprime in regole¹⁰, ma ai quali la legge e i codici si devono conformare ed inoltre da una serie di riforme, di nuovi istituti inseriti nei codici contemporanei di procedura penale che rivelano aperture verso dimensioni non formalistiche della giustizia. Pensiamo al codice di procedura penale italiano del 1988, primo codice europeo a distaccarsi dal modello napoleonico di processo misto e a strutturarsi secondo parametri accusatori, ma che può essere considerato allo stesso tempo pur sempre un prodotto della cultura moderna, perché è comunque concepito secondo un'impostazione logico astratta. Ebbene, esso pone al centro il canone della formazione delle prove nel contraddittorio delle parti, rivalutando così gli antichi strumenti della retorica e dell'idea del probabile, che si sostituisce a quella del certo, di cui era espressione la 'scoperta della verità materiale' di matrice inquisitoria. Inoltre, soprattutto nelle più recenti riforme che hanno ampliato i meccanismi di 'fuga' dal processo esso contiene ormai istituti tipici di una giustizia equitativa, come l'archiviazione per irrilevanza del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, e, soprattutto, la mediazione penale, dove lo Stato rinuncia addirittura al suo monopolio giurisdizionale in materia penale, promuovendo meccanismi di giustizia ripartiva fuori del processo.

3. Il diritto come 'scienza pratica' e l'*aequitas* medievale.

Occorre comunque mettere in evidenza che la concezione moderna del processo penale, sia pur in certi casi comunque incrinata dalle ibridazioni ricordate, non fotografa i tratti immanenti del fenomeno processuale, ma è il prodotto di una specifica impostazione culturale, propria di un periodo storico temporalmente definito. A tale impostazione si contrappone una diversa concezione del diritto, che affonda le sue radici nell'antichità

⁹ R.Dworking, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, ed. It. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, 83 precisa che per il positivismo l'insieme delle regole giuridiche valide esaurisce il diritto, per cui, se un caso non vi rientra, allora quel caso non può essere deciso "applicando il diritto".

¹⁰ R.Dworking, *Op.cit.*, 93 ss. individua la differenza tra regole e principi nel fatto che le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente e prevedono conseguenze giuridiche che seguono automaticamente allorché si diano le condizioni previste, mentre i principi sono degli indicatori di direzione che non indicano conseguenze giuridiche immediate, e si misurano, diversamente dalle regole, per peso e importanza.

classica e altomedievale e che oggi si ripropone e si impone prepotentemente all'osservatore contemporaneo: quella di ascendenza aristotelica che considera il diritto una scienza pratica¹¹ avente ad oggetto l'azione dell'uomo (*praxis*) e come fine l'agire bene, secondo giustizia (*eu pratein*). Rispetto ad essa la conoscenza non costituisce un obiettivo in sé, un obiettivo di 'verità', come avviene per le scienze teoretiche che appartengono al mondo che non muta né è mutabile¹², e a cui il diritto era stato invece ricondotto come abbiamo visto durante l'epoca moderna, ma è ricercata in vista dell'azione; il ché – ed è questo l'aspetto centrale -fa del diritto un sapere sempre applicativo orientato ai valori; dunque, *fronesis non episteme* e, nel linguaggio del mondo romano, *iuris-prudentia*, non *scientia iuris*.

In questa visione il diritto non può rappresentare più un'entità estranea e impermeabile ai fatti, come voleva il positivismo moderno, proprio perché si completa a contatto con essi. Non è mero ordinamento, dunque; ma neppure può essere ridotto a mera casistica; deve invece rappresentare un momento di tensione tra i due poli, nel senso che la norma resta l'ineliminabile punto di partenza ma vive di vita concreta solo quando è rapportata al caso, cioè all'accadimento problematico che solleva il problema di come essere risolto in termini di diritto¹³; quando è, dunque, il caso a farne scoprire le sempre nuove possibilità applicative.¹⁴ Ma ci deve essere, come si diceva, una direzione, un orientamento in questo contatto del diritto con i fatti, un orientamento improntato a valori. Nella visione aristotelica il fondamento dell'azione secondo giustizia, dell' *eu pratein*, è l'*eipeikeia*; per il mondo altomedievale è l'*aequitas*. Quest'ultima è definita nelle fonti dell'epoca come *rerum convenientia*, cioè 'armonia', ordine reciproco, uguaglianza sostanziale. La civiltà medievale aspira a costituirsi in un ordine di cui Dio è il garante e l'*aequitas* è la dimensione ordinante. Quest'armonia non viene considerata nel Medio Evo un prodotto della mente umana, ma sta 'nelle cose' e dalle cose si proietta fra gli uomini. Il diritto presenta dunque una forte impronta fattuale, è fondato su un'osmosi continua tra mondo dei fatti e mondo delle forme giuridiche, il cui tramite è l'*aequitas*; essa è garanzia di armonia tra fatti e norme, esigenza di fondamenti fattuali per ogni norma¹⁵.

¹¹ Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1095 a 6.

¹² Aristotele, *Op. cit., loc. cit.*

¹³ G.Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1995, 187 ss.

¹⁴ G.Zagrebelsky, *Op.cit.loc.cit.* chiarisce bene come il caso si rapporti alla regola giuridica, specificando come il caso, nella sua semplice realtà storico- materiale, sia di per sé muto; e che occorre quindi anzitutto comprenderne il 'senso', sottoporlo a una categorizzazione. Il ché si ottiene ponendolo in relazione alle conseguenze che esso si considera idoneo a determinare in un certo contesto sociale. Una volta attribuitagli la sua pretesa di senso e di valore, il caso preme sul diritto affinché si affermi la soluzione adeguata: ciò può richiedere riforme legislative, o anche solo nuove ricostruzioni interpretative dell'ordinamento vigente, anche se le formule giuridiche esteriori restassero immutate.

¹⁵ Per quest'insieme di considerazioni, P.Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 2003, 176 ss.

Declinata sul piano del processo penale, l'*aequitas* medievale è alla base dei paradigmi di giustizia negoziale ripartiva¹⁶. Riparando il danno e l'offesa prodotti dal reato alla vittima o al gruppo, alla comunità a cui essa appartiene attraverso strumenti di transazione, riconciliazione, mediazione, espiazione si ripristina infatti l'ordine naturale violato. Ma anche il processo ordalico e il duello giudiziario, demandando direttamente a Dio l'esito del giudizio, mostrano, in definitiva, quella stessa tensione ripartiva di un ordine superiore che il reato ha compromesso.

Una simile idea del processo penale viene gradatamente messa in crisi con lo sviluppo a partire dal XIII secolo delle procedure inquisitorie che inaugurano una visione potestativa della giustizia penale, dove non interessa più la ricomposizione dell'ordine violato, l'esito *lato sensu* ripartivo, ma la punizione del colpevole¹⁷; al valore dell'*aequitas* si sostituisce conseguentemente il valore della verità. E, in parallelo, si abbandona la concezione del processo penale come scienza pratica, il cui fine è agire giustamente (ottenere la conciliazione tra vittima e autore del reato, il ripristino dell'ordine violato, secondo le credenze del tempo); ad esso viene applicato il metodo delle scienze teoretiche, dato che il suo fine è diventato l'accertamento della verità dei fatti, considerata nella sua datità, nella sua oggettività, e per raggiungere la quale ben si può ricorrere alla tortura¹⁸.

4. Diritto europeo ed equità processuale: l'ibridazione del processo penale tra regole e princìpi.

Rapportiamo ora questo discorso, che abbiamo potuto appena tratteggiare, ma che richiederebbe ben altro approfondimento, agli assetti contemporanei.

Come si è già accennato, il primo grande evento istituzionale del nostro tempo che, per differenziarsi dalla modernità giuridica, possiamo chiamare postmoderno¹⁹ è stato l'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra. Esse propongono un diritto

Si è messo in luce come addirittura questione di fatto e questione di diritto fossero tanto strettamente correlate da non riuscire a distinguersi non essendoci frattura tra prova dei fatti e interpretazione della legge, cioè tra fissazione del fatto e fissazione della norma: tutta la scienza giuridica si riduceva a una scienza di prove e il diritto stesso non esisteva indipendentemente dalla sua prova: A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*. rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1971, 223 s.

¹⁶ Sulla giustizia negoziata del processo penale altomedievale cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti inediti (1972-2007)*. Giuffrè, Milano, 2009, 1236 ss.

¹⁷ M. Sbriccoli, *Op.cit.*, 1240.

¹⁸ A. Giuliani, *Op.cit.*, 185 rileva come il problema della tortura giudiziaria fosse sostanzialmente concepito come un problema di "logica": quello dell'idoneità dei tormenti come strumento per scoprire la verità.

¹⁹ P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2012.

costruito per principi. Nella Costituzione italiana i principi dedicati al processo penale sono tanti. Tra essi non figura l'equità, la quale però è in qualche modo implicitamente presupposta dal concetto di 'ragionevolezza' che la Corte costituzionale ha ricavato dal principio di uguaglianza fissato dall'art.3 Cost. Ragionevolezza significa ragionevole bilanciamento tra valori, adattamento tra più ragioni. E già questo è un metodo congeniale a una riacquistata dimensione pratica del diritto.

Il secondo grande evento della postmodernità è dato dall'avvento sempre più massiccio e pervasivo del diritto europeo, anche nel campo della giustizia penale. A noi qui interessa particolarmente il ruolo svolto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dato che essa inserisce esplicitamente in quello che si può considerare un vero e proprio 'manifesto' delle garanzie processuali fondamentali (art.6.1CEDU), il principio di equità processuale quale canone regolativo di un nuovo 'ordine' europeo. La CEDU lo definisce con il nome di *fairness*, per sottolineare che quel canone non è tanto rivolto a profili decisorii (che vi sono certamente implicati, ma che non ne costituiscono l'oggetto prevalente), quanto ai profili della correttezza, della lealtà del procedere, come valori in sé. L'equità nella CEDU si riassume dunque in un'esigenza di metodo; il metodo (il criterio ordinante di matrice europea) a cui si devono conformare gli Stati parte e i loro organi legislativi e giudiziari sia nel disciplinare (momento normativo), sia nel gestire concretamente (momento applicativo) i processi penali nazionali. Nel Medio Evo l'ordine era ricercato nella natura delle cose, nell'armonia che era specchio di una più alta armonia divina. Oggi quell'ordine, quel metodo è rappresentato dal sedimento di un patrimonio ideale comune di valori che affondano le radici nella stagione illuministica, ma che vanno adattati alle esigenze di una società pluralistica in trasformazione come quella contemporanea. Di quel patrimonio la CEDU si è fatta interprete, e a sua volta il diritto dell'Unione lo ha recepito sotto un duplice profilo: in un suo testo di diritto primario come la c.d. Carta di Nizza, e tra i suoi principi fondanti assieme alle garanzie derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati parte (art. 6 TUE).

Resta da chiarire in cosa più precisamente consista questo metodo consacrato dalla CEDU che si riassume nella formula dell'equità processuale.

Esso va considerato in una duplice dimensione: contenutistica e applicativa.

Sotto il profilo contenutistico l'equità si declina – nella disciplina madre dell'art. 6 CEDU e soprattutto in una serie sempre più articolata di 'casi clinici' individuati e costruiti dalla giurisprudenza della Corte europea²⁰ – in una costellazione di garanzie di 'metodo' che devono reggere lo svolgimento di un processo penale, dalla indipendenza, imparzialità e precostituzione del giudice, al diritto dell'imputato di ottenere dal giudice una decisione sulla fondatezza sull'accusa mossa a suo carico, dal diritto all'uguaglianza delle armi, al diritto alla prova e al contraddittorio, inteso come diritto dell'imputato di

²⁰ I contenuti dell'equità convenzionale sono dunque il risultato di una 'normativizzazione' sotto molti profili dovuta a una 'giurisprudenza fonte' (per quest'espressione, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 49 ss.). Ed è a questo fenomeno che si allude – ora anche in molti atti dell'Unione europea – quando si fa riferimento alle norme convenzionali 'così come interpretate' dalla Corte di Strasburgo

presentare al giudice le proprie ragioni e dovere di quest'ultimo di prenderle in esame e di motivare la propria decisione, dal diritto di non autoincriminarsi al diritto alla ragionevole durata del processo, fino al diritto alla certezza nell'interpretazione del diritto, inteso come dovere degli Stati di evitare e prevenire per quanto possibile contrasti giurisprudenziali. Devono inoltre considerarsi come diretta espressione di equità processuale anche la presunzione di innocenza e le specifiche garanzie difensive e probatorie disciplinate nell'art. 6 CEDU 2 e 3. Nella presunzione di innocenza, in particolare, si può scorgere una sorta di saldatura, di convergenza tra l'equità nel procedere e l'equità nel decidere, dato che da essa deriva la regola di giudizio che impone di prosciogliere quando la colpevolezza non sia stata pienamente provata (cioè provata al di là di ogni ragionevole dubbio, secondo la nota formula che viene dalla *common law*).

Si tratta, come si diceva, di garanzie complessivamente sedimentate nel patrimonio culturale comune degli Stati europei, anche se le ripetute condanne da parte della Corte europea dimostrano che in alcuni Paesi esse sono ancora lontane dall'essere pienamente recepite.

Ma il vero aspetto qualificante ed originale dell'equità processuale europea, che la collega a una recuperata dimensione pratica del diritto, è dato dal suo profilo applicativo, che assurge anch'esso a metodo e a principio. Si allude al fatto che l'equità è concepita in una dimensione profondamente e marcatamente fattuale. E ciò sotto un triplice profilo: anzitutto perché essa non va considerata in astratto, ma va sempre parametrata in relazione ad una specifica vicenda giudiziaria. Le garanzie a cui abbiamo accennato sono dei principi, degli indicatori di direzione, ma è necessario verificare se essi siano rispettati in un preciso contesto e alla luce delle peculiari caratteristiche che quel contesto presenta; in secondo luogo perché una simile valutazione va fatta in modo complessivo e non frammentato, nel senso che, ai fini di una diagnosi sul piano dell'equità, la singola vicenda giudiziaria va valutata nella sua globalità (*as a whole*); per cui, ad esempio, una contrazione di garanzie difensive verificatasi in una determinata fase processuale potrebbe ritenersi compensata da garanzie offerte in una fase successiva.²¹ Infine, perché si richiede che la violazione presenti carattere 'sostanziale', nel senso che chi se ne lamenta vittima deve dimostrare di aver subito a causa di essa un "pregiudizio effettivo" (*a significant disadvantage*). Quanto tutti e tre questi profili possano confliggere con un processo penale imperniato sul rigido rispetto delle forme processuali come quello disciplinato dai moderni codici di rito è superfluo sottolineare.

Eccoci, dunque, conclusivamente riportati allo scenario da cui eravamo partiti. Viviamo in un momento di difficile transizione in cui gli strumenti normativi del passato si trovano a interagire con i nuovi strumenti del diritto europeo, ibridandosi fortemente a contatto con essi e in cui l'ordine e le certezze – spesso mitizzate – rimaste dalla modernità sono sconvolte dal caotico sovrapporsi di fonti normative e giurisprudenziali

²¹ Ad es. C. eur. 9/6/1998, *Twalib v. Grecia*. Per alcuni rilievi critici sulla base del fatto che il '*fairness of the proceedings as a whole test*' non sarebbe sempre impiegato dalla Corte europea, la quale, nonostante le affermazioni, talvolta compie valutazioni frazionarie R.Goss, *Criminal fair trial rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, 124 ss.

di matrice diversa. Certamente un diritto sempre più impostato su principi si sta imponendo su un diritto prevalentemente se non esclusivamente impostato su regole, ormai anche nel recinto sacro della giustizia penale. Con una conseguenza importante: un diritto per principi conferisce maggiori poteri discrezionali al giudice: egli ri-diventa custode di un ordine valoriale. Ma maggiori poteri schiudono anche la porta al rischio di un loro uso arbitrario. E' l'eterno dilemma. E a complicarne la soluzione sta il deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso in una società pluralistica come la nostra ²². Riuscirà il diffondersi di quella cultura della ragionevolezza, del ragionevole bilanciamento di cui l'equità processuale europea rappresenta una intrinseca espressione ad attenuare i rischi di un eccessivo pluralismo interpretativo?

²² G.Zagrebelsky, *Op.cit.*, 201 ss.