L'AVVENIRE DEL PROCESSO PENALE. TRE VOCI A CONFRONTO

Intervista di Paolo Ferrua, a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso

Premessa *(di **Paolo Ferrua**).* Il nostro processo penale attraversa nuovamente un periodo di profonda crisi. Diciamo 'nuovamente' perché una grave crisi si è già verificata in occasione della svolta inquisitoria del 1992 quando la Corte costituzionale con tre sentenze abbatté un pilastro del processo accusatorio, ritenendo il contraddittorio nella formazione della prova un metodo inidoneo alla ricerca della verità.

Il legislatore allora reagì, sia pure con notevole ritardo, inserendo nella Costituzione i principi del giusto processo. L'attacco diretto al contraddittorio, ormai protetto dallo scudo costituzionale, è così cessato, ma nuove insidie si sono profilate all'orizzonte, riproponendo l'eterno conflitto tra garanzie ed efficienza, con un diffuso malcontento sia nell'ambito forense sia nella magistratura.

Si pensi, per citare un esempio, alla sentenza costituzionale n. 132 del 2019, dove si afferma che, a causa della lentezza del processo, un principio cardine del modello accusatorio, quale l'immediatezza, «rischia di divenire un mero simulacro», perché il giudice «al momento della decisione finirà – in pratica - per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo»; di qui il suggerimento della Corte costituzionale al legislatore di «introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale».

La sensazione è che si sia ormai di fronte a un bivio: da un lato, la conservazione del modello accusatorio, con opportuni correttivi volti a fluidificare lo svolgimento delle fasi e ridurre i tempi 'morti'; dall'altro, il ritorno in qualche modo ad un sistema 'misto', temperato dall'innesto di opportune garanzie nella fase precedente al dibattimento. È parso utile, a questo punto, chiedere a tre studiosi del processo penale (*Marcello Daniele, Sergio Lorusso, Daniele Negri*) di interloquire sulle possibili riforme, rispondendo ad alcune brevi domande.

1. È ormai diffusa l'idea che l'attuale assetto del processo penale non sia in grado di garantire una giustizia degna di questo nome, tale cioè da realizzare i principi e le regole

del 'giusto processo' contemplato nell'art. 111 della Costituzione. Quali sono, secondo voi, le carenze più vistose che mostra il nostro processo penale per quanto attiene sia alle disposizioni del codice di rito sia alla pratica giudiziaria?

M. Daniele: La malattia del nostro processo penale è sotto gli occhi di tutti, ed appare evidente anche a chi non svolge l'attività di avvocato o di magistrato. Alludo, naturalmente, all'inefficienza della macchina giudiziaria, ed in particolare alla sua incapacità di assicurare lo svolgimento dei dibattimenti ad una distanza di tempo ragionevolmente breve dalla commissione dei fatti. Questo è un colpo al cuore per il modello accusatorio, che resta scritto a chiare lettere nel codice e perfino nella Costituzione, ma nella realtà operativa viene meno nel suo tratto caratterizzante.

Per fortuna le nuove generazioni di magistrati hanno una sensibilità maggiore per i principi accusatori, con cui hanno familiarizzato sui banchi universitari prima ancora che nelle aule giudiziarie. Nondimeno, costretti ad agire in un contesto operativo in cui i tempi si dilatano a dismisura e le energie si sprecano inutilmente, non sorprende che cedano alla tentazione di eluderli. In un ordinamento in cui la fase dibattimentale tarda ad arrivare e, una volta iniziata, deve frantumarsi, a causa dei carichi di lavoro, in una serie di udienze nell'arco di mesi o, addirittura, di anni, la logica inquisitoria della formazione frazionata delle prove riemerge inesorabilmente, con buona pace dell'art. 111 comma 4 Cost.

Le vicende della disciplina in tema di rinnovazione delle prove dichiarative in caso di mutamento del collegio giudicante stanno lì a dimostrarlo chiaramente. Applicato in modo ortodosso, il principio di immediatezza esigerebbe la riassunzione orale delle testimonianze di fronte al nuovo giudice, senza se e senza ma. Più di venti anni fa, con la sentenza *Iannasso*, le Sezioni Unite lo avevano riconosciuto con grande onestà. Ma ora – forti anche dell'invito a bilanciare l'immediatezza con l'efficienza operato dalla pronuncia n. 132 del 2019 della Corte costituzionale – esse hanno mutato indirizzo con la sentenza *Bajrami*, la quale pretende che l'interessato indichi specificamente le ragioni tali da imporre la rinnovazione. È un *revirement* difficile da giustificare, considerato che ha portato ad applicare in questa materia la logica - che dovrebbe essere limitata a casi eccezionali - dell'art. 190 *bis* c.p.p., il quale subordina la rinnovazione dell'esame dei dichiaranti già precedentemente sentiti alla presenza di "specifiche esigenze". Eppure, come colpevolizzare quel giudice che, invocando la sentenza *Bajrami*, decida di non riaprire un'istruzione dibattimentale già abbondantemente conclusa e magari lunga e complessa, nella convinzione che la rinnovazione delle prove dichiarative non apporterebbe nessun beneficio dal punto di vista cognitivo?

Fino a quando il sistema non avrà recuperato un sufficiente grado di efficienza, ci

saranno sempre alibi per eludere i principi accusatori. Anzi, assumerà sempre maggiore credito la tesi secondo cui, in realtà, non ci possiamo permettere un processo accusatorio e, tutto sommato, sarebbe meglio ritornare al sistema misto, ricollocando il *clou* dell'istruzione nella fase anteriore al dibattimento.

S. Lorusso: Il minimo comun denominatore del nostro processo penale, nell'ottica dei modelli di riferimento e – più in generale – degli ordinamenti di ispirazione liberal-democratica è costituito dal *due process* o *fair trial* (giusto processo, nell'accezione italiana).

È il paradigma normalmente associato al processo accusatorio, del quale ne riassume plasticamente i canoni desunti dalla storia e dalle esperienze dei Paesi di *common law* e, al contempo, la matrice ispiratrice delle architetture codicistiche che a questo modello si ispirano.

Alla base, la convinzione che il contraddittorio costituisca, al contempo, il criterio di interazione tra le parti e tra le parti e il giudice più adeguato ed efficace e il metodo conoscitivo più affidabile e garantito, quello maggiormente in grado di realizzare una ricostruzione fedele del fatto.

L'attenzione focalizzata sulle garanzie della persona rappresenta un *continuum* della visione liberale della giustizia e, più in generale, della società, delle interrelazioni tra i singoli individui e tra questi e lo Stato.

Le ricadute sono pressoché automatiche: nell'eterno conflitto tra Stato e individuo è quest'ultimo ad assumere il ruolo di protagonista, di soggetto da tutelare in via prioritaria nelle dinamiche processuali che, dunque, devono essere costruite non perdendo mai di vista il postulato che assume come valore pregnante – nell'inflessibile pendolo che scandisce la giustizia penale – la libertà a scapito dell'autorità.

Se questo è lo sfondo, nitido nei suoi tratti e deciso nei suoi colori, ogni architettura codicistica – ed a maggior ragione una come quella italiana, che si innesta in una tradizione tendenzialmente refrattaria all'esaltazione del singolo (persino negli afflati garantistici maturati in epoca liberale nel 1913) – si pone inevitabilmente come un adattamento, quant'anche a presidiarla sia – come nel nostro caso, dopo la riforma dell'art. 111 Cost. – un dato costituzionale composito e mirato, dalla difficilmente eludibile tassatività (ferme restando le eccezioni al suo stesso interno delineate).

Inevitabilmente, rigurgiti culturali e operativi di ben altra e spesso antitetica derivazione attecchiscono – anche a rischio di crisi di rigetto – condizionando il dato riformatore e attutendone la portata innovativa. O, addirittura, facendolo deragliare dai suoi originari binari per piegarlo, magari con improvvidi innesti, a finalità "altre". Mutazioni genetiche tanto abili quanto deprecabili, specie se surrettizie e sottotraccia, perché scarsamente "sincere" rispetto agli intendimenti sistematici.

L'orizzonte entro cui tutto si muove, come si diceva, è il dato costituzionale contenuto nell'art. 111 della Carta fondamentale novellato ormai oltre vent'anni fa.

Un arco temporale che sarebbe dovuto servire a perfezionare il codice 1988, rendendolo del tutto conforme ai principi del "giusto processo" ed eliminando tutte quelle discrasie presenti *ab origine* o risultanti dalle stratificazioni normative e di quelle effetto della giurisprudenza costituzionale susseguitesi nel corso degli anni.

Questo non è accaduto.

Le motivazioni sono in primo luogo culturali. È noto come i capisaldi del codice 1988, nonostante i condivisibili e perentori intenti, non abbiano fatto breccia in una tradizione essenzialmente inquisitoria (magari venata da striature "miste"), originando tutt'al più pratiche neo-inquisitorie in rotta di collisione con l'originaria ispirazione accusatoria, non sempre nitidamente desumibili dal dato normativo ma, piuttosto, derivanti dalla forzatura dello stesso piegato a tali impostazioni.

Da qui una serie di criticità derivanti sia da incongruenze determinate dal legislatore che da prassi fuorvianti e distorte.

Primo baluardo dell'art. 111 Cost. a risultare leso è il principio della durata ragionevole del processo, per la cui attuazione si sono recentemente introdotte innovazioni legislative improprie e incongruenti, gravemente lesive dei diritti fondamentali della persona.

Il riferimento è alla riforma della prescrizione, che mira a ridurre i tempi del processo sospendendone il decorso dopo la pronuncia di primo grado, con buona pace dell'imputato che rischia di rimanere in un limbo con tutte le conseguenze personali del caso (ivi compreso il danno all'immagine, all'attività lavorativa e relazionale).

Evidente la lesione della presunzione di non colpevolezza. Insufficienti e tortuose le modifiche al nuovo assetto normativo proposte.

Sul tema si dovrebbe invece intervenire con una strategia multilivello, che incida sui profili organizzativi, ordinamentali e processuali.

È indubbio, infatti, che una maggiore disponibilità di risorse ed un'ottimizzazione del loro utilizzo giocherebbe a favore del fattore tempo. In questo contesto, vanno segnalati i vantaggi che può offrire la digitalizzazione anche sotto il profilo dei costi – se si considera che oggi vi sono ancora uffici giudiziari in cui gli atti viaggiano in forma cartacea, così come le relative copie. La "smaterializzazione" degli stessi, insomma, costituisce ancora un'utopia.

Il tema della trasmissione degli atti in forma digitale (deposito atti, notificazioni, comunicazioni, richiesta di copie, etc., avvalendosi di strumenti come la pec), da questo punto di vista, costituisce indubbiamente un fattore di semplificazione e, dunque, di accelerazione del processo.

L'emergenza da Covid-19 ha quasi imposto un ampliamento delle ipotesi – sinora

rarefatte – di "circolazione" degli atti in forma digitale.

Sarebbe augurabile che tale disciplina si stabilizzi e, al contempo, si ampli, vincendo resistenze e pregiudizi che discriminano – in sede normativa e giurisprudenziale – gli atti delle parti private rispetto a quelli della parte pubblica e dell'organo giurisdizionale.

Sotto il profilo ordinamentale – come si avrà modo di precisare in seguito – l'attuale assetto che rifugge dalla discrezionalità dell'azione penale per espressa previsione costituzionale funge inevitabilmente da "tappo" ad una gestione dei procedimenti dettata da effettive e dichiarate priorità piuttosto che da velate opzioni mascherate da un'obbligatorietà di facciata.

Poter scegliere per quali reati procedere e per quali no significherebbe – almeno in linea teorica – consentire un abbattimento *ab origine* dei carichi processuali, piuttosto che relegare una moltitudine di procedimenti, di fatto discriminati per l'oggettiva impossibilità del singolo ufficio di gestirli nella loro interezza, nell'inevitabile zona oscura della prescrizione. Naturalmente occorrerebbe predisporre gli opportuni anticorpi per evitare un uso distorto di tale potere.

È questo uno dei canoni del "giusto processo", cui si aggiunge quello della terzietà e dell'imparzialità del giudice.

Anche qui, scelte scolpite nei canoni ordinamentali – consone ai pregressi orditi codicistici – condizionano l'attuazione del principio. Come può, difatti, la terzietà convivere con un assetto dell'ordinamento giudiziario nel quale giudici e pubblici ministeri condividono la medesima carriera, seppur con paletti nel tempo irrobustiti per quanto concerne il passaggio da una funzione all'altra?

Un processo accusatorio stride con la mancanza di separazione delle carriere requirente e giudicante, che lede sistematicamente e organicamente la triade giudice-pubblico ministero-imputato su cui si regge l'impalcatura del processo di parti.

La contiguità, spesso anche fisica, tra organo giudicante e organo dell'accusa comporta – al di là delle buone intenzioni di ciascuno – un'inevitabile flessione, un indebolimento della terzietà, se non altro culturale, con sensibili ricadute sulle dinamiche processuali, specie decisorie.

Anche qui, la soluzione ottimale sarebbe quella della modifica costituzionale in favore della separazione delle carriere.

Quanto al contraddittorio, si dirà in seguito.

D. Negri: Il problema principale non è l'assetto del processo penale, né risiede nel codice di rito. Sta nelle distorsioni della prassi giudiziaria, nel tradimento quotidiano del precetto che vuole il processo "giusto", innanzitutto, se regolato dalla legge (art. 111 comma 1 Cost.). Da tempo andiamo denunciando che l'articolato del

codice sopravvive solo esteriormente, come involucro di cartapesta, oltretutto sfigurato dalla serie infinita e compulsiva di interventi novellistici subìti. Nella realtà il codice non è percepito come insieme sistematico di disposizioni cogenti; queste ultime vengono declassate, nel migliore dei casi, a mere indicazioni orientative per la condotta dei destinatari, dalle quali discostarsi in funzione del risultato di volta in volta ritenuto preferibile; o, più spesso, considerate istruzioni fuorvianti perché, con la loro pretesa di tutela dei diritti individuali, allontanano dall'obiettivo della punizione.

Ne sono esempio conclamato il misconoscimento della nullità degli atti, poiché il dichiararla sarebbe fonte di regressione nociva al bene dell'efficienza del sistema e della ragionevole durata processuale; la neutralizzazione degli effetti invalidanti, integrando la struttura formale della fattispecie con un elemento esterno – il pregiudizio effettivo – intriso di concretezza e soggetto a valutazioni che distinguano caso per caso il giusto dall'ingiusto; la degradazione dei divieti d'uso, da rigido presidio della legalità probatoria a causa di invalidità modulabile a misura del rango che la giurisprudenza è disposta a riconoscere all'interesse protetto dalla norma violata. Sino alla comparsa della figura dell'abuso del diritto, segnale inequivoco della volontà di rompere definitivamente gli argini contrapposti, col principio di legalità, all'ingresso nella sfera giuridica di pulsioni esterne a carattere etico, di riprovazione verso strategie ostruzionistiche della difesa.

Prevalgono insomma asserite esigenze d'ordine pratico, che – si sostiene – lo stile accademico del codice non sarebbe in grado di soddisfare; dietro di esse si scorge l'impazienza del magistrato di raggiungere i propri scopi, ciò che personalmente considera "giusto" e dunque meritevole di essere perseguito tramite l'evasione senza remore da ogni canone interpretativo rispettoso del testo della legge. Così, ancora, proliferano negli uffici giudiziari le circolari, i protocolli, le linee-guida, gli ordini di servizio, che non si limitano a dirimere questioni organizzative ma si pongono quali autentiche fonti regolatrici della procedura, ormai ridotta a meccanismo pseudo-amministrativo, a modesto affare burocratico.

Il tipo di giustizia che non viene garantito è quello che ripone fiducia nell'osservanza del rito, nella uniformità dei criteri applicativi delle norme, tenuti al riparo da oscillazioni arbitrarie, nella prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle mosse processuali.

Detto ciò, bisogna pure ammettere che le carenze del codice di rito sono innumerevoli, disseminate in tutte le sue parti, sebbene una maggiore densità connoti il libro V sulle indagini e l'udienza preliminare. Molti di questi difetti sono dovuti per verità alle modifiche successive alla riforma del 1988, fonte di confusione, di discipline differenziate secondo la logica perversa, contorta, irragionevole e ormai fuori controllo dei doppi, tripli binari, discriminatori e vessatori per gli imputati. Il gigantismo delle

indagini è patologia sopra tutte bisognosa di provvide correzioni poiché finisce con l'affliggere a cascata l'intero processo. Se è irrealistico pensare di ridurre in modo drastico la durata massima della fase attualmente fissata dalla legge, bisognerebbe almeno far sì che il limite cronologico sia certo e non venga eluso differendo artificiosamente il *dies a quo*. Converrà abbandonare l'istituto della proroga, rivelatosi inutile, a favore di una misura temporale unica delle indagini, meglio se non superiore ad un anno e mezzo per le fattispecie di più complesso accertamento, da selezionare in modo oculato e stringente. L'importante è però che sanzioni processuali ferree colpiscano gli atti investigativi compiuti fuori termine, previo controllo incidentale del giudice, da munire di un espresso potere al riguardo, circa la tempestiva iscrizione sul registro del nome della persona cui il reato è attribuito.

L'obiettivo di contenere la durata della fase preliminare è condizione prima e necessaria alla realizzazione del canone fondamentale dell'oralità, consentendo di celebrare il dibattimento a distanza non eccessiva dal fatto di reato affinché l'escussione dei dichiaranti nel contraddittorio produca risultati genuini e non sia necessario moltiplicare i casi di anticipata assunzione della prova nel corso delle indagini, in deroga al criterio della immediatezza

2. *La Costituzione garantisce il contraddittorio nella formazione della prova e il diritto dell'imputato all'acquisizione delle prove davanti al giudice. Ritenete che queste disposizioni meritino una revisione? E quale dovrebbe essere il sistema ideale di rapporti tra il dibattimento e la fase anteriore del procedimento, per assicurare un corretto equilibrio tra garanzie ed efficienza?*

M. Daniele: Le prescrizioni della Costituzione e del codice in tema di contraddittorio, diritto alla prova e rapporti tra le fasi sono fra le più avanzate che esistano dal punto di vista della realizzazione dei principi accusatori. Come tali, sono difficilmente migliorabili, se non in alcuni aspetti secondari.

Un esempio per tutti: quando un testimone, esaminato in giudizio, ammette di aver reso nel corso delle indagini dichiarazioni difformi, in Inghilterra – la patria del processo accusatorio – la sec. 119 del *Criminal Justice Act* del 2003 ne consente l'utilizzabilità come prova. Il nostro art. 500 c.p.p., per converso, le sottopone ad una chiara *exclusionary rule*. La loro utilizzabilità - ma il punto è controverso - sarebbe ipotizzabile unicamente nelle ipotesi in cui il dichiarante ne attestasse in modo esplicito la veridicità, assumendosene pienamente la paternità.

Bisognerebbe, piuttosto, pensare ad un altro tipo di terapia: una paziente e capillare ricognizione delle norme che determinano tempi morti della fase anteriore al

dibattimento senza essere in grado di assicurare tutele indispensabili, in modo da sostituirle con prescrizioni che eliminino i passaggi inutili. Nessuno dice che sia una cosa facile. Di sicuro, aiuterebbe smetterla con i *restyling* settoriali che, come è perlopiù accaduto negli ultimi anni, si limitino a recepire acriticamente gli orientamenti della giurisprudenza, la quale non ha – e né potrebbe avere - una visione sistematica, ma deve per forza di cose intervenire in rapporto ai singoli casi.

Senza pretese di esaustività, mi permetto di individuare almeno cinque linee di azione: a) la modernizzazione del sistema delle notifiche; b) la smaterializzazione degli atti processuali e la loro collocazione su piattaforme *cloud*, in modo da consentirne la consultazione in tempo reale; c) l'abolizione dell'udienza preliminare; d) la riduzione ai minimi termini del giudizio *in absentia*, prevedendo la sospensione del processo in tutte le ipotesi in cui sia dubbio che l'imputato ne sia a conoscenza; e) la razionalizzazione del sistema delle impugnazioni.

Molto altro, naturalmente, si potrebbe tentare. L'essenziale è cominciare al più presto l'opera di fluidificazione del nostro rito, in modo da uscire dall'*impasse* in cui si trova bloccato.

S. Lorusso: Il tema del contraddittorio, come detto, acquista una rilevanza centrale, costituisce – come autorevolmente detto in passato – la regola aurea del processo (di stampo accusatorio).

Ci si riferisce qui al contraddittorio come metodo di conoscenza, cui il "nuovo" art. 111 Cost. attribuisce una peculiare importanza proprio con specifico riferimento al processo penale (mentre il contraddittorio come metodo dialettico, di confronto ed interrelazione tra le parti nelle varie dinamiche processuali, costituisce com'è noto appannaggio di ogni forma di giurisdizione).

Il supporto costituzionale, assai dettagliato, rende alquanto arduo ogni eventuale mutamento, che passa necessariamente dall'art. 111 comma 5 e dalle relative eccezioni.

In questo contesto, gli spazi che si dovessero individuare debbono rispondere comunque ad esigenze di semplificazione ed accelerazione delle scansioni processuali, poiché l'unico – ed antagonista – valore prioritario individuabile è quello della durata ragionevole, anch'esso come abbiamo visto costituzionalizzato e tutt'ora costantemente violato dalla prassi.

Un'eventuale revisione, dunque, non potrebbe giungere ad infrangere il *parterre* invalicabile dei limiti derogatori articolati dall'art. 111 comma 5 Cost.

C'è da fare una considerazione preliminare.

Parlare di contraddittorio significa parlare di contraddittorio effettivo, con i suoi corollari quali l'oralità, la pubblicità e l'immediatezza. Quest'ultimo appare ormai/da tempo largamente disatteso, vanificando nei fatti l'effettività del contraddittorio per la

prova. Che senso ha, difatti, ipotizzare un contraddittorio orale e pubblico sulla prova dichiarativa ma collocato a mesi od anni dal momento in cui interviene la decisione del giudice?

Le parti, certo, hanno potuto esercitare la loro dimensione dialettica e di edificazione della prova, ma la decisione dell'organo giudicante arriverà ad una distanza di tempo spesso siderale, tale da imporre al giudice di avvalersi dei verbali e – dunque – della prova filtrata da quest'ultimi. In ultima analisi, della prova scritta.

In questo contesto, pragmaticamente, forme di anticipazione della prova nella fase procedimentale, sulla falsariga dell'incidente probatorio e magari/preferibilmente previo consenso delle parti, potrebbero costituire uno strumento di velocizzazione e/o razionalizzazione del processo, senza per questo ledere i diritti dell'imputato o mettere in sofferenza l'architrave dell'attuale assetto codicistico.

Si tenga conto, peraltro, che una parte talvolta notevole del materiale cognitivo posto a supporto della decisione giurisdizionale si forma ormai in assenza di contraddittorio nel corso della fase delle indagini preliminari per ragioni strutturali (intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni, captazioni informatiche, cd. prova digitale, cd. prova scientifica, strumenti investigativi atipici, etc.).

Il che non significa reintrodurre una sorta di istruzione formale, di recuperare un giudice-inquisitore, bensì, preso atto del progressivo potenziamento delle indagini preliminari, costruire dei correttivi a situazioni di evidente frizione con le dinamiche probatorie originariamente apprestate dal codice 1988.

Se, dunque, il sistema ideale dei rapporti tra il dibattimento e la fase anteriore del procedimento dovrebbe teoricamente avere le cadenze dettate dal legislatore ormai oltre trent'anni fa, la presa d'atto dell'impraticabilità/della concreta impraticabilità di tale modello induce a trovare nuovi equilibri chiaramente non lesivi dei rapporti tra garanzie ed efficienza che ispirano il modello costituzionale.

Le garanzie "virtuali", insomma, devono cedere il passo a quelle reali.

Immediatezza e oralità devono essere lette anche nella loro dimensione pragmatica, per non trasformarne la difesa in un esercizio di stile.

D. Negri: Dubito che sia sogno romantico la perseveranza nei principi cardine del sistema di giustizia penale a matrice accusatoria. Ribadire le ragioni del loro fallimento pratico significa avere acuta consapevolezza del peso del passato, liberarlo dalle nebbie delle cause impersonali e replicare al senso diffuso di rassegnazione al destino ineluttabile, irreversibile, o persino auspicabile – come vedremo – se portasse alla palingenesi digitale del processo. Il mondo è ciò che gli uomini hanno fatto di esso.

Col tempo abbiamo compreso che non basta cambiare il codice di rito e neppure riscrivere la Costituzione ad impedire che i magistrati – detentori del monopolio

applicativo delle norme processuali – impongano la propria verità. Si sono avvicendati tre diversi modi di sabotare il sistema, figli della stessa cultura che vive le garanzie processuali come ostacolo – da rimuovere – all'attuazione a senso unico del comando contenuto nella norma incriminatrice. Il primo leale, il secondo subdolo, il terzo soave e seducente. L'impianto accusatorio della riforma processuale varata nel 1988 cadde fragorosamente nel 1992 determinando il precoce naufragio d'un progetto politico ambizioso. L'attacco ai canoni dell'oralità e del contraddittorio fu allora frontale ma scoperto; la magistratura combatté infatti la propria battaglia con armi ortodosse, sollevando questioni di costituzionalità che trovarono accoglimento presso i giudici della Consulta. Una volta innalzato il contraddittorio nella formazione della prova al rango di principio costituzionale, quella strategia è risultata impercorribile. L'ostilità verso il metodo dialettico di accertamento giudiziale non è tuttavia tramontata. Nei primi decenni del nuovo secolo ha preso la via di erosioni silenziose, sottotraccia; senza il clamore delle insurrezioni d'un tempo, bensì riducendo il contraddittorio a mero simulacro nella prassi quotidiana delle aule di giustizia, dove il magistrato prescinde dalla regole legali e adopera un salutare buon senso.

La terza stagione avversa alle garanzie processuali è agli esordi, preannunciata da uno squillo della Corte costituzionale (sentenza n. 132 del 2019) e subito promossa con zelo dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, Bajrami). La nuova strategia mira a dimostrare come i principi informatori del modello accusatorio siano sostanzialmente inattuabili nella realtà applicativa, null'altro che chimere. È l'esperienza, sotto gli occhi di tutti, ad attestare questa incontrovertibile verità. Naturale dunque che si possa rinunciare a quegli ideali in nome di obiettivi concreti, eticamente approvabili come la ragionevole durata del processo e l'effettività della giurisdizione; serve perfettamente allo scopo la tecnica del bilanciamento, che tutto s'incarica di contemperare senza il dramma di sacrifici estremi, ma con la soluzione suadente delle «ragionevoli eccezioni». Sino al cambio provvidenziale di paradigma: il congedo dall'oralità e dall'immediatezza, propiziato dal progresso tecnologico. La digitalizzazione permette di riprodurre l'esperienza istruttoria a beneficio del giudice decidente quando sia magistrato diverso da quello incaricato di sovrintendere alla formazione della prova, anche se resta da verificare la sua soglia di attenzione davanti al filmato registrato sotto l'altrui regìa. La rivoluzione tecnologica consente poi di celebrare le udienze penali in videoconferenza con tutti i protagonisti della dialettica processuale collegati a distanza. La parola d'ordine che circola leggiadra e insistente è "smaterializzazione"; promette un futuro migliore. Al passo coi tempi, nei dispositivi di ultima generazione s'è trovato il potentissimo, decisivo alleato per dissolvere finalmente le forme processuali e sciogliere così i vincoli del rito penale posti a difesa della libertà individuale.

Il discorso è viziato all'origine, poiché affronta il nodo riguardante la proporzionalità della compressione inferta ai diritti prima d'interrogarsi sulla legittimità della medesima. Dei fattori esogeni, indipendenti dalla volontà dei singoli, deve farsi carico lo Stato-apparato, cui compete l'onere di apprestare i mezzi per il funzionamento del giusto processo. Se gli uffici giudiziari non dispongono delle risorse umane e materiali necessarie a trattare adeguatamente il caso, ciò rientra nell'ambito della responsabilità dello Stato, non può essere addebitato all'imputato sotto forma di limitazione del suo pieno diritto alla prova. Trovo singolare il ragionamento che ritorce contro l'imputato difficoltà e inefficienze proprie del sistema.

Contraddittorio nella formazione della prova e diritto al confronto dell'imputato con chi l'accusa, davanti al giudice incaricato di dirimere il merito della causa, sono conquiste di altissimo valore. Sconcerta che i giudici, anche costituzionali, dimentichino il retroterra di quelle battaglie. Con gli scenari che si vanno profilando converrebbe essere più espliciti nel predicare il legame indissolubile tra metodo del contraddittorio nella formazione della prova e principio di immediatezza. Letti insieme, essi implicano contestualità, prontezza, fluidità, spontaneità, continuità tra azione e reazione in un contesto che favorisca al massimo grado la percezione vivida da parte del giudice delle risposte indotte nel testimone dalla studiata tecnica di formulazione delle domande, così da attrarre l'organo decidente nell'orbita della propria tesi mentre la prestazione dialettica si svolge. Se confidiamo ancora nel contraddittorio, allora dobbiamo riconoscere che il mezzo digitale, per limiti strutturali congeniti, induce ad una semplificazione meccanica tale da disseccare le componenti vitali del metodo, da ridurlo a pallida, grottesca imitazione di se stesso. Questo equivale ad accontentarsi di un accertamento sulla responsabilità penale assai meno affidabile. Perciò pure le eccezioni al principio di immediatezza andrebbero vincolate, sul piano costituzionale, ai casi tassativi contemplati dal quinto comma dell'art. 111 Cost., sottraendo quel canone fondamentale alla giostra dei bilanciamenti con interessi del più diverso rango su cui hanno voluto spingerla i giudici di palazzo della Consulta.

Avverto inoltre la forte esigenza di una riflessione e di una messa a punto sulla deroga al contraddittorio per consenso dell'imputato. Soluzioni legislative e giurisprudenziali hanno trasformato la manifestazione di volontà della persona accusata in una sorta di *passe-partout*, di comodo alibi per alterare sino a rompere l'equilibrio sul quale si regge la separazione funzionale tra le fasi processuali a tutela del contraddittorio. Valga per tutte la prassi serpeggiante che vede il giudice del dibattimento impegnato, in coppia anomala con il pubblico ministero, a convincere la difesa ad acconsentire sull'acquisizione come prova di tutti i verbali formati durante la fase preliminare in assenza del contraddittorio, tramutando così surrettiziamente il

processo aperto al confronto dialettico in un rito sommario dall'esito scontato dietro l'implicita promessa all'imputato di riservargli un atteggiamento benevolo o di risparmiargli dosimetrie sanzionatorie altrimenti ritorsive. Il fenomeno delle pressioni esercitate dall'autorità sul volere del singolo, spesso occulto o latente nel sistema, poco si presta a visioni parcellizzate e a verifiche di carattere empirico. Siamo in una di quelle regioni dell'esperienza ove la difficoltà del riscontro positivo circa il pregiudizio arrecato alla libertà di scelta imporrebbe piuttosto la predisposizione di garanzie istituzionali e di struttura processuale tali da eliminare o ridurre al massimo sul piano oggettivo il rischio che la lesione si verifichi. E ciò al fine di prevenire non soltanto sopraffazioni di notevole entità, per gravità dell'attentato all'autodeterminazione dell'individuo e portata dei diritti sottoposti a rinuncia, ma anche comportamenti meno brutali e sacrifici più circoscritti – per dir così, di contesto – delle garanzie processuali.

3. *Sareste favorevoli a prevedere che, quando le parti ne fanno concorde richiesta, l'incidente probatorio debba essere disposto anche al di fuori delle ipotesi contemplate oggi dall'art 392 c.p.p.; e che, in tal caso, il rinnovo della prova in dibattimento abbia luogo solo per sopravvenute esigenze?*

M. Daniele: Dal punto di vista dei principi costituzionali, nulla vieta che l'incidente probatorio possa essere disposto sulla base della mera concorde richiesta delle parti. Se il solo consenso dell'imputato è sufficiente per rinunciare al metodo dialettico (art. 111 comma 5 Cost.), a maggior ragione l'accordo fra l'accusa e la difesa dovrebbe essere sufficiente per formare la prova con un istituto che salvaguarda il contraddittorio, sia pure al prezzo della rinuncia all'immediatezza.

I termini del discorso cambiano dal punto di vista della coerenza del sistema. L'incidente probatorio ha una preziosa funzione di tutela dei dichiaranti c.d. vulnerabili (minorenni, vittime di reati sessuali), laddove, così come richiesto dalla direttiva dell'Unione Europea sulla vittima, serve ad impedire la reiterazione degli esami, evitando i traumi psicologici che potrebbero derivare da una ripetuta rievocazione degli eventi. Al di là di questi casi, se appare giustificabile in via eccezionale nelle situazioni di urgenza o di rischio di coartazione dei testimoni, potrebbe distorcere i rapporti fra le fasi qualora se ne generalizzasse l'applicazione. Più si moltiplicano le attività istruttorie nelle indagini, più il dibattimento rischia di essere svuotato, replicando le dinamiche tipiche del processo misto.

In ogni caso si deve essere consapevoli del fatto che, pur con l'allargamento proposto, con ogni probabilità il tasso di applicazione dell'incidente probatorio non

aumenterebbe in modo significativo. Non si può, infatti, trascurare che in molti casi si tratta di una modalità di formazione della prova poco appetibile per l'accusa, perché la obbliga a scoprire le carte con la *disclosure* imposta dall'art. 393 comma 2 *bis* c.p.p., nonché per la stessa difesa, nella misura in cui la costringe ad affrontare il controesame senza magari possedere ancora una sufficiente conoscenza del caso.

S. Lorusso: In questo quadro, come già accennato, potrebbe trovare spazio la formazione anticipata della prova secondo lo schema dell'incidente probatorio, ampliato nel suo oggetto e rimessa tendenzialmente alla volontà delle parti.

Non soltanto per la prova dichiarativa, superando lo sbarramento della non rinviabilità al dibattimento, ma anche per quelle ipotesi di prova tecnico-scientifica e/o digitale incentrate su accertamenti ripetibili (come già accade oggi per quelli irripetibili). L'espansione indubbia di quest'ultima, già evidenziata, apre spazi fino a qualche anno fa non preventivati né preventivabili nei quali la formazione della prova extra-dibattimentale potrebbe addirittura giovare al contraddittorio e alle garanzie difensive, fornendo in anticipo materiali probatori solidi, anche nell'ottica dell'attivazione di riti differenziati deflattivi del dibattimento.

Adottando tale approccio, la rinnovazione dibattimentale della prova così assunta dovrebbe assumere carattere eccezionale, riservandola ai soli casi in cui un mutato quadro complessivo suggerisca – *rectius*, imponga – la riconsiderazione della prova formata.

D. Negri: Anche per la ragione detta più sopra non sono favorevole al dilagare delle soluzioni consensuali sulla prova. Compresa l'apertura concordata dell'incidente probatorio oltre i casi previsti dall'art. 392 c.p.p., in verità ormai non più tassativi per via della latitudine del concetto di testimone vulnerabile di cui al comma 1-*bis*. Tale congegno, mosso dalla rinuncia aprioristica alle virtù dell'immediatezza, determinerebbe una eccessiva frammentarietà dell'esperienza istruttoria, in grado di disperdere le sinergie o le antinomie tra le singole prove e, con esse, la visuale complessiva dei risultati acquisiti. Capisco il vantaggio di ascoltare i testimoni ad una distanza temporale dal fatto minore di quella, di solito eccessiva, in cui si colloca il dibattimento; è pure comprensibile che, costatata la mancanza di concentrazione nella stessa fase dibattimentale, possa apparire indifferente una segmentazione istruttoria estesa lungo l'intero arco del procedimento, a partire dalle indagini preliminari. Resta però il difetto non trascurabile delle conoscenze solo parziali, limitate e per ciò potenzialmente falsate, ingannevoli, di cui giocoforza disporrebbero le parti nel momento prematuro di elaborazione della prova.

4. *Tutti o quasi riconoscono che l'udienza preliminare non è in grado di adempiere alla sua funzione di filtro delle imputazioni. Quali riforme proponete al riguardo?*

M. Daniele: Per ben due volte, nel 1993 e nel 1999, la legge ha tentato di potenziare la capacità di filtro dell'udienza preliminare, con esiti che sono sotto gli occhi di tutti. Ritengo che sia venuto il momento di interrompere questo accanimento terapeutico, per riconoscere la realtà dei fatti: siamo in presenza di un organo vestigiale, concepito secoli fa in un momento storico in cui la funzione di accusa era affidata ai privati, ma che ha perso ragion d'essere nel momento in cui l'azione penale è stata affidata ad un organo pubblico. Non è un caso che in molti sistemi il vaglio preliminare dell'accusa sia in crisi, e in taluni casi sia stato addirittura soppresso (come è accaduto proprio in Inghilterra).

L'abolizione dell'udienza preliminare sarebbe senz'altro una riforma controversa, che troverebbe una forte opposizione da una buona parte dell'avvocatura. Merita, nondimeno, di essere sperimentata, sostituendo il vaglio preliminare dell'accusa con un'udienza di prima comparizione di fronte al giudice del dibattimento dedicata alla verifica della costituzione delle parti, alla soluzione delle questioni preliminari *ex* art. 491 c.p.p. e al controllo della corretta formulazione dell'imputazione. Si potrebbe, al contempo, statuire che il pubblico ministero potrebbe disporre la citazione diretta solo in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, in modo invertire il *thema probandum* (che l'art. 125 disp att., attualmente, impernia non sui presupposti per esercitare l'azione penale, ma sulle condizioni per archiviare). In questo modo dovrebbe risultare chiaro che, in caso di dubbio, la via sarebbe quella dell'inazione, e non dell'azione.

Non varrebbe obiettare che, stando alla "relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020" del Primo Presidente della Corte di cassazione, circa la metà dei casi portati al dibattimento si concluderebbe con un proscioglimento, a riprova della assoluta indispensabilità dell'udienza preliminare e, semmai, della necessità di irrobustirla. Questa percentuale si spiega con carenze organizzative degli uffici delle procure che vanno risolte a monte, attraverso un più razionale impiego delle risorse e del personale (basti pensare alla prassi di conferire la gestione dibattimentale di un numero non indifferente di casi ai pubblici ministeri onorari, senza mettere questi ultimi nelle condizioni di prepararsi al meglio). Nulla lascia pensare che le cose migliorerebbero continuando a deresponsabilizzare le procure, lasciandogli l'alibi del vaglio preliminare del g.u.p.

Del resto, se si volesse realmente rafforzare l'udienza preliminare, convertendo il canone decisorio dell'*in dubio pro actione* che ad oggi la contraddistingue in quello

dell'*in dubio pro reo*, temo che sarebbe inevitabile introdurre la motivazione del rinvio a giudizio. Solo così il g.u.p., non potendo più rimettere al dibattimento l'esame dei casi incerti, sarebbe indotto ad esaminare con accuratezza il fascicolo delle indagini. È appena il caso di rilevare, però, il pericolo di condizionamento che un rinvio a giudizio motivato eserciterebbe sul giudice del dibattimento. La fase del giudizio, sede elettiva delle attività istruttorie, assumerebbe il ben più limitato compito di offrire alla difesa la possibilità di confutare il provvisorio accertamento di colpevolezza effettuato dal g.u.p. Vale la pena pagare un prezzo del genere per salvare l'udienza preliminare?

S. Lorusso: L'udienza preliminare risulta essere il "grande assente" del processo penale riformato. La finalità di filtro delle imputazioni azzardate è rimasta nel catalogo delle buone intenzioni e la stessa si è trasformata in un fattore di rallentamento delle dinamiche procedimentali manifestandosi come priva di alcuna concreta utilità, se si esclude la possibile attivazione di riti differenziati come – in particolare – il giudizio abbreviato.

Il transito da tale udienza si è trasformato in un frequentissimo automatismo nel passaggio dalla fase delle indagini preliminari a quella dibattimentale, con forti ritardi ed appesantimenti dei flussi processuali.

Né la modifica dei parametri valutativi della richiesta di rinvio a giudizio ha sortito gli effetti sperati. Una possibile, meno radicale riforma potrebbe consistere nel renderla attivabile con il consenso delle parti.

Nei sistemi di riferimento (Gran Bretagna, Stati Uniti d'America), peraltro, il mutato scenario di fondo non fa sì che la *preliminary hearing* si stagli in un contesto che garantisca quei risultati in Italia invano rincorsi. Anche il *committal proceedings* inglese è da tempo in crisi, nonostante interventi legislativi che hanno introdotto un modello semplificato di udienza, lo *short committal*, esclusivamente cartolare, nel quale il giudice dispone il rinvio a giudizio in automatico sulla base degli atti presentati dal *crown prosecutor*, con un mero controllo formale e senza soppesare la piattaforma probatoria. Sminuendone così la portata e snaturandone l'originaria funzione.

Mentre negli Stati Uniti la *preliminary hearing* – alternativa al *Grand jury* – regge ancora, non senza punti di flessione legati ad una molteplicità di ragioni (sostanzialmente legate ad una cultura processuale che attribuisce scarsa considerazione agli interventi giurisdizionali *ante iudicium*).

I risultati quindi sono, anche in questi contesti, assai inferiori rispetto alle aspettative di filtro che preludono al *dismissal*.

L'abolizione dell'udienza preliminare nel nostro ordinamento, pertanto, risulterebbe la soluzione più confacente all'esigenza di contenimento dei tempi processuali, agendo al contempo come fattore di contrazione degli sprechi di risorse

umane e materiali.

Con il conseguente retroagire del controllo sull'esercizio dell'azione penale nella fase terminativa delle indagini preliminari, ferma restando la possibilità di attivare riti differenziati come giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti e sospensione con messa alla prova che richiederebbero un'udienza *ad hoc*.

Il salto di una fase comporterebbe indubitabili vantaggi in termini di durata del processo, tenuto conto anche delle prassi nelle quali i tempi morti tra indagini preliminari ed udienza preliminare e tra quest'ultima e il dibattimento determinano una significativa dilatazione dei tempi processuali.

D. Negri: L'udienza preliminare è senza dubbio tra gli istituti meno riconoscibili del codice, rispetto alla struttura delle origini, a causa degli appesantimenti dovuti alle molteplici modifiche legislative, agli squilibri determinati dalla giurisprudenza e accentuati dalla routine delle applicazioni pratiche. Si è tramutata in una ingombrante, rigonfia e sterile appendice delle indagini preliminari, destinata com'è nella gran parte dei casi a concludersi con il rinvio a giudizio dell'imputato. I giudici di Cassazione, nel loro ergersi a legislatori, hanno tramutato la fase intermedia nel luogo della stabilizzazione e del progressivo consolidamento dell'imputazione, disconoscendo nullità e travisando la portata dell'art. 423 c.p.p. sulla modifica dell'accusa. Nel complesso, la funzione dell'udienza preliminare risulta capovolta: da momento giurisdizionale di tutela del cittadino contro azioni arrischiate, a istituto di soccorso e sostegno all'organo dell'accusa. Un risvolto all'evidenza paradossale.

Malgrado ciò non condivido la tesi abolizionista, sostenuta da chi ritiene la situazione irrimediabile. Un'accorta manovra correttiva, che agisca per linee esterne ed interne alla disciplina della fase, potrebbe condurre al riscatto. Si può tentare di mitigare la propensione del giudice dell'udienza preliminare a correre dapprima in aiuto del pubblico ministero, abusando dei propri poteri, quindi ad accoglierne quasi sempre la richiesta di rinvio a giudizio.

La rifondazione dell'udienza preliminare dovrebbe partire dalla rimozione dell'eccesso di materiali che l'assedia. Va sgomberato innanzitutto il campo dalle indagini protratte *ad libitum*. Barocco e canzonatorio il meccanismo previsto dall'art. 3, lett. *e*, *f* del disegno di legge-delega (2435/C), presentato dal precedente ministro della Giustizia: deposito doveroso degli atti d'indagine, se il pubblico ministero non si determina sull'esercizio dell'azione penale entro un certo periodo di tempo dallo scadere dei termini massimi di durata delle indagini preliminari; responsabilità disciplinare del magistrato in caso di negligenza inescusabile. Nella direzione giusta, invece, si muove il controllo sui tempi di iscrizione della *notitia criminis* contemplato nella successiva lett. *l* del medesimo testo normativo, controllo giurisdizionale

collocato proprio nella sede dell'udienza preliminare.

Per il resto la fase intermedia andrebbe snellita e decongestionata escludendo la possibilità di costituzione della parte civile: l'ingresso della pretesa risarcitoria andrebbe differito allo stadio processuale in cui si tratta di statuire sul tema della responsabilità penale, anziché arretrarlo ad una sede ove ancora è possibile l'esito liberatorio anticipato con la sentenza di non luogo a procedere. Ulteriore modifica consigliabile è l'abrogazione dell'art. 421-*bis* c.p.p. Una volta esercitata l'azione penale è innaturale che si diano strumenti volti a colmare le lacune investigative. Se il pubblico ministero dispone di un tempo adeguato per le indagini – e nel nostro ordinamento la durata della fase preliminare è piuttosto lunga – quando decide di istaurare il processo non dovrebbe esserci più spazio per riparare alle inefficienze, ma viene il momento dedicato alla verifica dell'accusa. L'udienza preliminare dovrebbe allora svolgersi allo stato degli atti, con l'unica eccezione delle prove che appaiano decisive ai fini delle sentenza di non luogo a procedere. L'assunzione di queste ultime, a norma dell'art. 422 c.p.p., andrebbe subordinata alla richiesta della difesa, onde evitare che il giudice eserciti il potere di integrazione istruttoria a scopi obliqui di ausilio ad accuse malferme.

C'è un errore di fondo che ci portiamo dietro sin dall'esordio del codice e va corretto.

Lo scopo dell'udienza preliminare non è semplicemente quello di conseguire, con la sentenza di non luogo a procedere, un risultato di economia processuale attestando la superfluità del giudizio dibattimentale. Seguendo questa logica ci siamo attardati a discutere della funzione di "filtro" a maglie più o meno larghe dell'istituto, in base alla mutevole regola di giudizio stabilita nell'art. 425 c.p.p. Bisogna invece ricordare che l'udienza preliminare è stata concepita quale garanzia a difesa dell'imputato, come conferma il diritto alla rinuncia unilaterale sancito dall'art. 419 comma 5 c.p.p. Per questa via se ne recuperano le lontane ascendenze nella *preliminary hearing* del processo statunitense, che il codice per primo non ha saputo tradurre fedelmente. Più che a "filtro", il compito genuino della fase è quello di ergersi a "scudo". Barriera innalzata a protezione del cittadino-imputato contro le accuse infondate, affinché l'individuo non sia inutilmente esposto ai rischi del dibattimento, all'alea della condanna, al carico di sofferenza per il protrarsi del processo, allo *strepitus fori*.

Corrisponde all'idea dello "scudo" che la regola di giudizio abbia natura diagnostica, non prognostica; a maggior ragione in un sistema retto dal criterio di completezza delle indagini preliminari. Il pubblico ministero è tenuto a dar fondo a tutte le risorse concesse dalla fase delle indagini preliminari, dove dispone di enormi poteri che lo pongono in posizione di supremazia. Le conoscenze raccolte profittando di tanto agio costituiscono il compendio probatorio a sostegno dell'accusa, sul quale –

salve circoscritte eccezioni – la difesa non ha potuto strutturalmente incidere. Se malgrado i tempi e gli ampi spazi di manovra solitaria, il pubblico ministero esercita l'azione consegnando al giudice dell'udienza preliminare un quadro insufficiente o contraddittorio, la parte sin lì più debole va salvaguardata da ulteriori soggezioni. Il giudice deve comportarsi, sia pure sulla scorta di materiale di qualità inferiore, come se si trovasse a conclusione del processo e perciò prosciogliere l'imputato. Del resto non è formulabile alcuna previsione di accoglimento dell'accusa in una situazione del genere, poiché, transitati al dibattimento, l'esercizio del contraddittorio da parte della difesa non potrà che compromettere la solidità di un impianto accusatorio sino ad allora non sottoposto ad alcun tentativo di confutazione. La logica interna al sistema vuole allora che il pubblico ministero, se non riesce a dissipare dubbi e a colmare le lacune probatorie, non sia ammesso a tentare oltre. L'accesso al dibattimento si dovrebbe ammettere solo a fronte di una piattaforma istruttoria che, confermata, condurrebbe alla condanna.

L'obiezione mi è nota. Il peso schiacciante esercitato sulla posizione dell'imputato, in dibattimento, da un provvedimento emesso soltanto sulla base di acquisizioni univoche, non scalfite allo stato da dubbi di sorta circa la responsabilità dell'accusato. Quest'ultimo affronterebbe il giudizio con lo stigma della colpevolezza. L'argomento del pregiudizio, certo non trascurabile nei suoi risvolti pratici, non mi ha mai convinto; possiede un involontario sottofondo inquisitorio. Per evitare il condizionamento futuro e incerto, si è disposti ad accettare lo svantaggio sicuro e attuale della sottoposizione a giudizio, mentre il rimedio consiste nel rinsaldare l'impermeabilità del dibattimento agli atti della fase preliminare e nella incompatibilità funzionale del giudice-persona fisica competente a decidere sul merito. Nell'accettare cioè, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio.

5. *Ritenete che i riti 'negoziali' debbano essere ulteriormente incrementati? E, in caso positivo, con quali modifiche al codice di rito?*

M. Daniele: Tutti sanno che la scommessa dei riti negoziali - il successo dei quali avrebbe dovuto ridurre il numero dei dibattimenti, come avviene nel sistema statunitense - è stata persa. Le statistiche parlano chiaro: stando ai dati diffusi dal Primo Presidente della Corte di cassazione, fra il 2017 e il 2019 meno del 10% del contenzioso sarebbe stato definito con il patteggiamento e il rito abbreviato.

Ciò premesso, sarebbe probabilmente inutile allargare ulteriormente i limiti di applicabilità del patteggiamento, che già con l'ampliamento avvenuto nel 2003 è

potenzialmente in grado di definire la stragrande maggioranza dei procedimenti. Il giudizio abbreviato, dal canto suo, allo stato applicabile a tutti i delitti con l'eccezione di quelli puniti con l'ergastolo, meriterebbe semmai di ritornare ad essere subordinato al consenso del pubblico ministero: nella sua attuale configurazione come diritto potestativo, tale da consentire all'imputato di ridurre unilateralmente la forbice edittale comminata dalla fattispecie astratta, esso solleva forti dubbi di legittimità costituzionale.

Quello che è certo è che il fallimento dei riti negoziali dipende in buona parte da un semplice e comprensibile calcolo costi-benefici: perchè scegliere un rito suscettibile di tradursi in una sicura e più rapida applicazione di una pena, per quanto ridotta, laddove, grazie alla lunga durata dei dibattimenti, si potrebbe spostare in avanti il passaggio in giudicato della condanna o, addirittura, fruire della prescrizione del reato?

Per rendere i riti premiali realmente appetibili, dunque, dobbiamo senz'altro rimettere mano alla disciplina della prescrizione. Qui le soluzioni sarebbero tante, e bisogna cercare di evitare di cadere negli estremismi. Proprio questo mi sembra il difetto dell'interruzione del decorso della prescrizione in caso di appello prevista dalla riforma Bonafede, la quale, calata in un sistema inefficiente come il nostro, rischia di rallentare in modo eccessivo la trattazione dei gravami. Parimenti, non mi convince neppure l'idea della prescrizione di tipo strettamente processuale, tramite la previsione di termini massimi di durata delle singole fasi prestabiliti dalla legge a pena di improcedibilità dell'azione penale: un meccanismo del genere non terrebbe conto del fatto che ciascuna fase processuale comporta attività conoscitive dalla durata per definizione imprevedibile, legata alle caratteristiche del singolo caso.

La prescrizione deve continuare ad essere una causa di estinzione del reato e non del processo, legata a tempistiche sufficientemente ampie da consentire la conclusione di tutte le attività procedimentali. Al contempo, per garantire la ragionevole durata del processo, sarebbe più produttivo introdurre un controllo a posteriori delle cause degli eventuali ritardi. Qualora questi ultimi fossero imputabili a condotte o ad eventi non addebitabili alla difesa, non sarebbe inopportuno prevedere delle forme di ristoro per l'imputato (quali un risarcimento dei danni, una riduzione della pena e, nei casi più gravi, anche il proscioglimento).

In ogni caso, per quanto condivisibile possa risultare, nessuna riforma della prescrizione potrà realmente funzionare se prima non si riuscirà ad evitare che la macchina giudiziaria giri a vuoto.

S. Lorusso: Il panorama dei riti differenziati – e in particolare dei riti negoziali – risulta essere centrale nell'economia complessiva del codice.

Ad essi è stata affidata la tenuta del sistema, non in grado di reggere il peso di tutti i procedimenti pendenti se affidato soltanto alla sequenza procedimentale ordinaria. Come nei sistemi di riferimento, le modalità più garantite – che hanno la loro massima espressione nella struttura dialettica del dibattimento – non possono operare sempre, ma solo in un numero ridotto di casi, pena la paralisi della macchina giudiziaria.

Sappiamo che il *parterre* dei riti negoziali apprestato dal legislatore non ha sortito gli effetti immaginati. Una delle ragioni sta nei tempi processuali, che inducono spesso la difesa a praticare la strada più conveniente del maturare della prescrizione.

In questo quadro, un incremento ulteriore di tali riti non può che essere visto favorevolmente. Alla loro espansione, quando in chiave consensuale, occorre guardare con interesse.

Da un lato, potenziando i riti già esistenti, con un innalzamento dei tetti di pena e con il potenziamento dei benefici. Ancora, si potrebbe pensare alla conversione in sede di patteggiamento della pena detentiva lieve in pena pecuniaria.

Dall'altro, introducendone di nuovi come l'archiviazione "condizionata" a condotte favorevoli (di ristoro, indennizzo o risarcimento del danno) nei confronti del soggetto passivo del reato che – ferma restando la questione della sua compatibilità con l'obbligatorietà dell'azione penale (sempre che questa rimanga in piedi) – potrebbe far uscire anticipatamente la persona sottoposta alle indagini preliminari dal circuito giudiziario e al contempo tacitare le giuste pretese della persona offesa.

L'esperibilità dell'istituto potrebbe essere ricollegata a determinate tipologie di reato (soluzione probabilmente preferibile) o all'entità della pena irrogabile e, naturalmente, presupporrebbe una capacità di intervento in termini economici da parte della persona sottoposta alle indagini preliminari da verificare in concreto, caso per caso.

D. Negri: Considero condizione primaria di ogni incremento dei riti premiali a base negoziale che all'imputato siano preservate l'integrità e l'effettività delle garanzie del dibattimento. Soltanto se può confidare in questo la rinuncia a diritti fondamentali rappresenta una scelta libera, razionale e consapevole. Diversamente il processo rischia di scivolare in un congegno preordinato a braccare l'imputato per indurlo alla resa: se il divario tra dibattimento e riti alternativi si riduce in misura considerevole, sino di fatto ad annullarsi, non si vede per quale motivo l'imputato dovrebbe affrontare i rischi legati al giudizio ordinario.

Ciò posto, merita di essere incoraggiata l'espansione del giudizio abbreviato per la sua natura cognitiva. Non può dunque rimanere confinato, di fatto, alle sole ipotesi in cui la condanna appaia pressoché certa, ma occorre creare i presupposti affinché

l'imputato abbia maggiori *chance* di un esito liberatorio o comunque più favorevole di quello pronosticabile allo stato degli atti. L'imputato va messo in grado di aggredire la ricostruzione del fatto emergente dai risultati dell'indagine preliminare, sia mediante l'introduzione di alternative trascurate dal pubblico ministero, sia cercando di minare l'attendibilità dell'ipotesi d'accusa. Senza che questo significhi equiparare le prerogative istruttorie concesse dal rito speciale al pieno diritto alla prova esercitabile nel contesto dibattimentale.

Occorre emancipare l'istituto dagli attuali, restrittivi criteri di ammissibilità dell'integrazione probatoria, connotati da una discrezionalità prossima all'arbitrio e fonte di notevoli disparità di trattamento da caso a caso secondo le vedute personali di ciascun giudice. Il parametro della compatibilità con gli scopi di economia processuale andrebbe eliminato. Del resto, la Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2001) ha messo in luce come il risparmio di tempo e di attività sia insito nella stessa struttura del rito alternativo, se paragonato al giudizio dibattimentale: l'uso degli atti di indagine, l'esame dei dichiaranti condotto dal giudice; la composizione monocratica dell'organo giudicante, sono tutti fattori differenziali che giustificano il beneficio sanzionatorio per la rinuncia dell'imputato al corredo di garanzie tipico del dibattimento. Non c'è dunque ragione per mantenere il sindacato sul dispendio derivante dall'assunzione delle prove cui l'imputato subordini la scelta del rito. Il requisito della necessità, per altro verso, dovrebbe restare circoscritto alle conoscenze che l'istante si riprometta di ottenere dall'identica fonte protagonista di un precedente atto d'indagine: la difesa avrebbe l'onere di addurre la diversità di oggetto o l'esistenza di specifiche ragioni che militino per la rinnovazione istruttoria. Quando invece la richiesta riguardi prove mancanti di corrispondenza con l'attività pregressa, il criterio dovrebbe essere identico a quello, di massimo favore, previsto dall'art. 190 c.p.p.

Nutro al contrario diffidenza verso soluzioni che estendano l'ambito applicativo di istituti come la messa alla prova, o, peggio, introducano nell'ordinamento forme di giustizia riparativa, basate sulla riconciliazione tra autore e vittima del reato, accessibili sin dalla fase processuale di cognizione. Carente sul piano cognitivo, il patteggiamento esibisce almeno il pregio della definizione istantanea della regiudicanda in nome di un pragmatismo d'impronta anglosassone dal quale è lecito dissentire, ma che comunque rifugge laicamente gli appelli salvifici e la ricerca di collaborazioni rigeneratrici dalla persona accusata. Gli altri istituti della giustizia consensuale appena menzionati rischiano invece di compromettere quanto rimane dell'ispirazione liberale del processo, con il proposito di rieducare l'imputato senza averne prima acclarato la colpevolezza e sotto il pretesto di risparmiargli così la pena. I fautori di tali soluzioni, tra i quali va purtroppo annoverata la nostra Corte costituzionale (sentenza n. 91 del 2018), hanno creduto di trovare nella volontarietà

della sottoposizione a simili percorsi di riscatto morale il requisito in grado di elidere il contrasto palese con la presunzione di innocenza dell'imputato. Ma è proprio la valorizzazione estrema del fattore consensuale a destare inquietudine, se si giunge a riconoscergli una portata tale da far sì che l'imputato accetti il ruolo di autore del reato e prenda su di sé le conseguenze negative dell'illecito, a lato del processo, mentre ancora incombe l'accertamento penale a suo carico. In vista di esigenze deflative non conviene correre il pericolo di scivolare verso la generalizzata sottomissione degli imputati a pratiche penitenziali, senza neppure curarsi del peso che la messa in moto del sistema di repressione dei reati esercita – di per sé o attraverso le manovre dei suoi organi – sulla asserita spontaneità della scelta.

6 *Quali riforme proponete per quanto riguarda l'appello e il ricorso per cassazione? Sareste favorevoli alla inappellabilità delle sentenze di proscioglimento? Sarebbe opportuno, in determinati casi, circoscrivere il controllo della cassazione ai soli profili di diritto, escludendo il sindacato sulla motivazione in fatto?*

M. Daniele: Il sistema delle impugnazioni, tuttora identico a quello del processo misto, costituisce uno dei nervi scoperti del sistema. Bisognerebbe avere il coraggio di riportare anche esso alle regole della grammatica accusatoria, riconoscendo una volta per tutte che quest'ultima predilige la garanzia orizzontale del contraddittorio in primo grado alla garanzia verticale delle impugnazioni.

Ciò ovviamente non significa che l'appello - che spesso serve a rimediare a gravi errori commessi dal giudice di primo grado - debba essere eliminato *tout court*. Nondimeno, si può pensare di snellirlo, e a mio parere il modo migliore sarebbe quello di introdurre un più stringente vaglio di ammissibilità, tale da consentire anche un controllo di non manifesta infondatezza dei motivi presentati. Solo a fronte di appelli ben costruiti e non pretestuosi si determinerebbero le condizioni per un'altra riforma di segno autenticamente accusatorio, e questa volta a favore della difesa: il divieto di appello del proscioglimento, che la l. n. 46 del 2006 aveva già tentato di introdurre, ma che era caduto sotto la scure della sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale. Tale divieto eliminerebbe alla radice il rischio della condanna per la prima volta in appello senza la piena operatività di tutte le garanzie previste per la decisione di primo grado. L'appello assumerebbe il ruolo che dovrebbe essergli proprio: quello di rimedio eminentemente difensivo, con la possibilità per il pubblico ministero di avvalersene solo in ipotesi eccezionali (ad esempio, qualora sopravvenissero nuove prove a carico). Essendo, al contempo, un rimedio attivabile per la difesa solo in presenza di solide ragioni, verrebbe meno l'argomento, a suo tempo addotto dalla Corte costituzionale,

secondo cui il divieto di appellare il proscioglimento determinerebbe una sproporzione eccessiva con i poteri dell'accusa.

Si aggiunga che, qualora un appello contro una condanna fosse dichiarato ammissibile, la riassunzione orale delle prove dichiarative dovrebbe operare in modo incondizionato. L'immediatezza è una garanzia di attendibilità della decisione penale, ed è fondamentale per comprendere se gli eventuali dubbi sulla colpevolezza sorti in appello possano davvero dirsi ragionevoli. Certo, affinchè essa possa sprigionare tutti i suoi benefici, il giudizio di appello dovrebbe svolgersi non troppo tempo dopo la commissione dei fatti. La ragionevole durata del procedimento di primo grado, dunque, è un prerequisito indispensabile anche a questo fine.

Quanto al ricorso in cassazione, è inutile nascondersi che, nella realtà operativa, il sindacato sulla motivazione in fatto spesso viene eluso dai giudici di legittimità, i quali si trincerano dietro l'impossibilità di invadere il campo delle valutazioni riservate ai giudici di merito. Non sarebbe così scandaloso, dunque, eliminarlo, perlomeno in caso di doppia conforme.

S. Lorusso: Anche le impugnazioni contribuiscono a dilatare i tempi processuali, soprattutto nel passaggio da un grado all'altro del giudizio nel quale vi è una stasi forzata del fluire procedimentale. Tale criticità è legata alla carenza di magistrati o alla non massimizzazione delle risorse disponibili, dunque, in definitiva, alla struttura e all'organizzazione degli uffici.

In questo contesto, che richiederebbe un incremento dei magistrati ed eventualmente una redistribuzione territoriale, possono essere prese in considerazione riforme processuali come l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento che valorizzerebbe in un'ottica accusatoria i risultati del giudizio di primo grado senza tradursi in un *vulnus* per l'imputato rispetto all'attuale assetto.

Viceversa, l'ipotesi di circoscrivere il ricorso per cassazione ai soli profili di diritto, eliminando il controllo sul fatto in concreto indirettamente effettuabile mediante il sindacato sulla motivazione, pur astrattamente condivisibile, non appare praticabile efficacemente per i labili confini che distinguono le due aree nella conformazione del provvedimento impugnato.

D. Negri: Il libro IX del codice andrebbe completamente riscritto per conferire chiarezza testuale e razionalità sistematica alla disciplina delle impugnazioni, corrotte dalla stratificazione legislativa e dalle pronunce costituzionali che si sono susseguite nel corso degli anni; ma soprattutto al fine di restituire alle relative disposizioni l'impronta di solide categorie dogmatiche.

Resto innanzitutto convinto che la pretesa civilistica non debba appesantire il

processo penale, in quanto ne altera la fisionomia accusatoria; sicché eliminerei dall'ordinamento tutti i rimedi attualmente previsti in materia dagli artt. 572-578 c.p.p., sfoltendo conseguentemente il sistema delle impugnazioni. Andrebbe inoltre eliminato l'appello contro le sentenze di non luogo a procedere, in modo da circoscrivere il novero dei rimedi alla sola ricorribilità per cassazione e, con riguardo al pubblico ministero, limitatamente ai motivi previsti dalle lett. *a*, *b*, *c*, dell'art. 606 comma 1 c.p.p. La precarietà della sentenza conclusiva dell'udienza preliminare non giustifica un apparato di controlli folto come l'attuale, specie se si pensa che il pubblico ministero è abilitato a promuovere la revoca della decisione. D'altra parte l'assenza di verifiche di grado ulteriore sul merito può incentivare la pronuncia alternativa al rinvio a giudizio dell'imputato. Il sindacato sulla motivazione in fatto va mantenuto per agevolare la possibilità che l'imputato ottenga una pronuncia liberatoria più favorevole, ad esempio quando il giudice abbia disposto la confisca.

In quest'opera di ridefinizione un ruolo di primo piano spetta alla scelta politica, tecnicamente meglio assecondata di quanto avvenne con la legge n. 46 del 2006, che sancisca l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento (e pure di quelle di condanna) da parte del pubblico ministero. È infatti auspicabile un ripensamento della Corte costituzionale rispetto all'indirizzo espresso nella sentenza n. 26 del 2007. Una volta escluso che l'impugnazione sia proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'azione penale, bisogna aggiungere come, dal lato della pretesa punitiva, la Costituzione tolleri che il sistema si appaghi di un unico giudizio di merito. Non c'è simmetria tra l'esigenza di evitare la condanna di un innocente e quella di non lasciare impunito il colpevole. A livello costituzionale ciò si deduce – tra l'altro – dalla circostanza che la prospettiva del rimedio all'errore giudiziario è coltivata esclusivamente sul versante del diritto di difesa (art. 24 comma 4 Cost.). L'interesse obiettivo dello Stato a che il processo pervenga alla giusta decisione in fatto è assicurato dalla necessaria verifica probatoria sul tema dell'imputazione con il metodo più affidabile del contraddittorio, davanti al giudice imparziale, dopo aver concesso al pubblico ministero ampi e penetranti poteri di raccolta degli elementi a sostegno dell'accusa durante le indagini preliminari. Se nonostante ciò non riesce a dimostrare la colpevolezza dell'imputato al di là del ragionevole dubbio, l'ordinamento può permettersi di considerare attendibile l'accertamento alla base della decisione assolutoria rinunciando al giudizio di secondo grado e limitando il controllo della pronuncia ai vizi di legittimità.

La Corte costituzionale avrebbe motivo di riconsiderare i propri assunti precedenti alla luce dell'esigenza, per il giudice d'appello, di disporre la rinnovazione probatoria se si tratta di ribaltare il proscioglimento in condanna su impugnazione del pubblico ministero (art. 603 comma 3-*bis* c.p.p.), secondo l'insegnamento della Corte

di Strasburgo. Nulla infatti autorizza ad attribuire maggiore fiducia ai risultati probatori ottenuti in appello rispetto al giudizio di primo grado, anzi, la maggiore distanza dai fatti e la ripetuta escussione del dichiarante inclinano a conferire una qualità inferiore all'accertamento di seconda istanza. Su di esso non è dunque prudente fondare una condanna, a quel punto, insuscettibile di riesame nel merito. Motivi di ragionevolezza depongono nel senso dell'amputazione dell'appello *contra reum*.

7. Siete favorevoli a prevedere criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e quali organi affidereste la loro definizione?

M. Daniele: Il tema dei criteri di priorità e tanto spinoso quanto cruciale. Non voglio certo negare il valore dell'indipendenza dei pubblici ministeri, i quali, al di fuori della legge, non devono essere esposti a nessuna forma di condizionamento da parte di poteri pubblici o privati. Al contempo, non possiamo fingere di non sapere che le procure, oberate di lavoro, inevitabilmente compiono scelte di politica criminale, individuando i fascicoli che meritano di fruire di una trattazione prioritaria, ed accettando il rischio che gli altri procedimenti cadano sotto la scure della prescrizione. Ebbene, considerato che non esistono formule matematiche per orientare queste scelte, le quali sono necessariamente legate alla concreta realtà operativa di ciascun officio, mi pare che risponda ad un'elementare esigenza di democrazia che esse non rimangano confinate negli *arcana imperii*, ma siano sottoposte ad una qualche forma di controllo pubblico.

Qui le soluzioni possono essere le più diverse. In alcuni sistemi non certo incivili, come quello francese e quello tedesco, al ministro della giustizia è attribuito il potere di impartire direttive vincolanti per le procure. Da noi si discute da tempo la possibilità che sia il Parlamento oppure gli stessi uffici dei pubblici ministeri - come in diversi casi sta già avvenendo nella prassi - a fissare dei criteri di priorità. Fra queste ultime due eventualità, quella più conforme ai principi sarebbe senz'altro la prima, considerato che la determinazione di tali criteri comporterebbe l'esercizio di una discrezionalità politica. A questo fine non sarebbe un ostacolo l'art. 112 Cost., che deve essere inteso in modo flessibile: non come obbligo di perseguire tutte le notizie di reato fondate (un obiettivo che, anche con una massiccia depenalizzazione, non sarebbe realisticamente conseguibile), ma come dovere di evitare disparità di trattamento nell'individuazione delle notizie di reato tali da meritare un trattamento preferenziale. Sarebbe, però, una soluzione non priva di inconvenienti. La legge non potrebbe che formulare direttive generiche, modulabili nei modi più diversi dalle singole procure sulla base delle

peculiarità delle proprie realtà territoriali. Sarebbero, inoltre direttive da aggiornare costantemente in rapporto ai mutamenti della situazione di fatto, e non è detto che il Parlamento sia in grado di farlo con la dovuta tempestività.

Personalmente, proverei a percorrere una strada alternativa, imperniata su un controllo *ex post* dell'attività dei pubblici ministeri. Ciascuna procura dovrebbe pubblicare un resoconto della gestione delle cause dell'anno precedente, indicando i criteri di priorità utilizzati e il modo in cui sono stati concretamente applicati. Un'apposita commissione di esperti nominata dal Parlamento, poi, potrebbe vagliare le scelte compiute, al fine di valutare eventuali profili di responsabilità disciplinare e, laddove necessario, proporre al C.s.m. la sostituzione del procuratore capo. In questo modo, se non altro si inizierebbe a comprendere meglio quali sono le logiche che governano la gestione dei carichi giudiziari all'interno delle procure.

S. Lorusso: L'azione penale, nella sua attuale configurazione, mostra rilevanti discrasie tra le intenzioni dichiarate e l'effettiva operatività.

Il tema dell'obbligatorietà (fittizia) dell'azione penale ha radici lontane ed innegabili conseguenze sul concreto svolgersi del processo.

Sappiamo benissimo che considerare l'obbligatorietà un punto imprescindibile della nostra architettura processuale significa incorrere in un errore di metodo, in un atteggiamento fuorviante e al contempo mistificante.

La soluzione ottimale sarebbe quella – in linea con la tradizione accusatoria alla cui attuazione costituisce un freno l'obbligatorietà dell'azione – di introdurre anche nel nostro ordinamento la discrezionalità dell'azione penale, che avrebbe indubbi ed evidenti effetti sui carichi processuali e, quindi, sulla durata dei singoli procedimenti.

Al di là delle perplessità e degli allarmi che potrebbe suscitare, specie per ragioni di carattere politico-istituzionali, si tratterebbe in realtà di adeguare la discrezionalità di fatto attualmente operante ad assetti sistematici ed ordinamentali coerenti con le scelte operate dal legislatore nel 1988.

In altri Paesi di consolidata tradizione accusatoria, come negli Stati Uniti, l'esercizio dell'azione penale da parte del Prosecutor, in punto di opportunità e convenienza, avviene sulla base di criteri guida rigorosi tesi ad evitare fenomeni di abuso della discrezionalità.

Se, tuttavia, si ritiene troppo radicale questa riforma (che implicherebbe una modifica costituzionale), l'adozione di criteri di priorità potrebbe essere presa in considerazione, muovendo nella medesima direzione, seppur in maniera meno marcata.

Quanto all'individuazione dell'organo competente a predisporli, la soluzione potrebbe essere quella di rimetterli annualmente al Parlamento, preferibilmente a

maggioranza qualificata per evitare fenomeni di "spoils system" dei criteri di priorità, che dovrebbe elaborarli tenendo conto anche delle specificità territoriali.

D. Negri: I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale sono una realtà ineliminabile gestita da decenni all'interno degli uffici delle Procure della Repubblica, secondo i casi in modo organizzato o rapsodico. Il ragionamento non può che fondarsi sugli assetti costituzionali: poiché i magistrati non sono responsabili della politica criminale, è al Parlamento che va demandata la definizione della gerarchia tra gli affari penali da trattare, a cadenza annuale e in seduta comune. Bisognerebbe però anche fissare una maggioranza qualificata per la deliberazione in materia, onde evitare che scelte in grado di incidere sul principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge restino appannaggio della compagine di governo.

8. *Vi sono riforme dell'ordinamento giudiziario che ritenete necessario introdurre?*

M. Daniele: Qui, naturalmente viene in gioco il pluriennale tema della separazione delle carriere. Personalmente ritengo che sarebbe una riforma pericolosa. Isolerebbe i pubblici ministeri, allontanandoli dall'approccio neutrale che dovrebbe rappresentare il tratto identificativo di qualunque magistrato (la c.d. "cultura della giurisdizione"). Ne aggraverebbe, inoltre, i tratti degenerativi, esponendoli ancora di più alle tentazioni del personalismo e agli umori giustizialisti di ampie frange della società, con il rischio di indebolire ulteriormente la "regola d'oro" della funzione di accusa: l'esercizio dell'azione penale al solo ed esclusivo fine della punizione del reale colpevole.

Forse la separazione delle carriere potrebbe funzionare se si coniugasse all'introduzione di una qualche forma di controllo delle procure da parte del potere esecutivo, come avviene in Francia e in Germania. Ma quest'ultima è una possibilità che, per ragioni storiche ed ambientali, da noi mi sembra fortemente sconsigliabile.

Quello che, invece, mi pare fondamentale in questo momento storico è tentare ristabilire ciò che, troppo spesso, manca nelle nostre aule giudiziarie, pur costituendo un prerequisito indispensabile per il buon andamento della giustizia: il rispetto reciproco fra magistrati ed avvocati. Un obiettivo del genere non può che essere ottenuto ripensando radicalmente i rispettivi sistemi di reclutamento, ad oggi lasciati ad un esame dall'esito troppo spesso capriccioso come quello di abilitazione alla professione forense, e ad un concorso a cui comunque accede un numero eccessivo di candidati come quello in magistratura. Mi pare improcrastinabile una riforma che porti a preselezionare i candidati già a monte, senza ingenerare false aspettative, ed

evitando ingiustizie e disparità di trattamento. A questo fine, sarebbe opportuno prevedere il numero chiuso nelle scuole di giurisprudenza e, seguendo l'esempio della Germania, un esame di Stato unico per tutti i laureati che intendano diventare magistrati o avvocati, ripetibile per un numero limitato di volte, e seguito da periodi di tirocinio ed esami più mirati. È fondamentale arrivare ad eliminare quel senso di sconforto che i laureati italiani in giurisprudenza conoscono bene quando si accingono ad intraprendere la carriera in avvocatura o in magistratura.

S. Lorusso: La separazione delle carriere, legata ai "fondamentali" del modello accusatorio, dovrebbe essere considerata ineludibile. In questi ultimi decenni le iniziative in tal senso sono state bloccate da veti politici, che poco hanno a che fare con gli equilibri e con gli assetti processuali i quali, nell'ottica del processo di parti, impongono una differenziazione strutturale, e non solo funzionale, della triade accusa-difesa-giudice. Le ragioni sono note, così come le storture che determina l'appartenenza allo stesso ordine di giudici e pubblici ministeri, a partire da una comunanza di formazione che si traduce spesso in un appiattimento di vedute e si somma, a volte, con la contiguità degli uffici.

Come già evidenziato, sarebbe necessario il superamento del mito dell'obbligatorietà dell'azione penale, in favore di una più realistica discrezionalità, con correlativi meccanismi di verifica.

La revisione costituzionale che tale mutamento impone dovrebbe accompagnarsi con il potenziamento della responsabilità dell'organo dell'accusa che impedisca di trasformare la discrezionalità in arbitrio.

D. Negri: Penso che sia ormai tardi, ma egualmente auspico la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Il requisito costituzionale della terzietà del giudice è rimasto troppo a lungo inattuato, producendo guasti irreparabili nel nostro sistema penale. Pochi argomenti hanno minore riscontro pratico di quello mille volte ripetuto, secondo cui la comunione delle due figure di magistrati gioverebbe a preservare nel pubblico ministero la cultura della giurisdizione. Vero è piuttosto il contrario, ossia che una parte non minoritaria dei giudici non ha mai assimilato la cultura delle garanzie e, al pari dei rappresentanti dell'accusa, poco tollera l'esistenza di limiti all'esercizio dei propri poteri a tutela dei diritti di difesa e di libertà dell'imputato. Prevale la tendenza ad orientare la propria funzione verso lo scopo – questione già in sé spinosa – trascurando l'osservanza del rito: atteggiamento che è all'origine della disfatta della riforma processuale del 1988.

Dopodiché, quando le carriere fossero disgiunte, i problemi rimarrebbero, e molto seri. Il primo sta nell'impedire che l'apparato dei pubblici ministeri finisca per

soggiogare la classe dei giudici. C'è inoltre l'aspetto cruciale della formazione, a proposito del quale occorre evitare che entrambe le categorie accentuino la propensione all'autoreferenzialità. Un rimedio potrebbe essere quello di prevedere un periodo di tirocinio comune a tutti gli aspiranti, che contempli il passaggio attraverso i diversi ruoli dell'avvocato, del pubblico ministero e del giudice. Andrebbe altresì favorita la ricezione del pensiero elaborato dagli studiosi del processo penale all'interno del circuito interpretativo, tramite l'ingresso dei docenti universitari in alcuni collegi giudicanti, specie là dove si concentra il potere nomofilattico: servirebbe allo scopo la modifica strutturale delle Sezioni unite della Cassazione, così da riservare una quota dei suoi membri alla compagine accademica.