

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI
DEL PROCESSO PENALE

Prime indicazioni per
una riforma sistematica del processo penale

I.

La destrutturazione
del sistema processuale penale

Negli ultimi decenni la disciplina del processo penale, e cioè il codice del 1988, ha subito destrutturazioni asistematiche, conseguite a interventi legislativi e interpretazioni giurisprudenziali che hanno minato i suoi "fondamentali".

Con un risultato oggi non difficile da diagnosticare: perdita di efficienza, disallineamento dalla cultura dei diritti fondamentali della persona e, non da ultimo, manomissione di un metodo di conoscenza giudiziaria che, segnando il passaggio dall'autoritativo al dialettico, intese aggiornarsi con la nuova epistemologia.

Sono tutti temi delicati che richiedono alle istituzioni politiche, agli operatori della giustizia e all'accademia l'impegno per rinnovate riflessioni che si alimentino all'esperienza, alla cultura del fenomeno penale e alle elaborazioni teoriche.

II.

L'impegno annunciato dal Ministro della giustizia

Il Ministro della giustizia ha annunciato, in occasione del dibattito apertosi sulla sua proposta di far cessare l'operatività della prescrizione del reato con la pronuncia della sentenza di primo grado, il proposito di provvedere alla riforma del processo penale mediante una legge di delega.

Se ciò significa l'abbandono di un modo di legiferare, sinora seguito, mediante interventi estemporanei slegati dal contesto complessivo della disciplina processuale penale, e l'adozione invece di una iniziativa di visione sistematica sulla struttura normativa del processo penale, l'impegno preannunciato è senz'altro positivo.

III.

Il codice del 1988 come punto di riferimento per il ripristino del sistema

Vi è una questione prioritaria che va definita: quale sia il punto di riferimento che si intende assumere per una tale rivisitazione normativa del processo penale.

Secondo l'opinione da sempre coltivata dall'ASPP nelle sue riflessioni di studio, quel punto di riferimento non può che essere il codice di procedura penale del 1988. Ciò, per le molte ragioni organiche che hanno presieduto a tale opera di codificazione.

IV.

Il passaggio di sistema
segnato dal codice del 1988

Innanzitutto le ragioni storiche, politiche e costituzionali. Correntemente si designa il codice del 1988 come superamento del modello inquisitorio e adozione dell'accusatorio. Una rappresentazione invero non corretta, poiché la sostituzione del codice Rocco (che prefigurava un sistema «misto», risalente alla matrice napoleonica fatta propria, con talune specificità, dal codice unitario del 1865) con quello del 1988 è stata determinata da elaborazioni ispirate dalla Costituzione repubblicana, dalle esperienze dell'amministrazione della giustizia italiana, da aggiornate indicazioni provenienti dal diritto comparato, dalle Carte internazionali dei diritti fondamentali della persona.

Su queste basi si è messo capo a un codice di procedura penale che, scendendo l'uscita dalla tradizione europeo-continentale (la cosiddetta «abiura italiana», registrata con vivo interesse da autorevole dottrina comparatistica internazionale), ha costruito un sistema processuale penale arricchito e rimodulato anche con le esperienze collaudate di altri ordinamenti tra cui, in particolare, lo statunitense e il francese riformato.

V.

La formazione della prova
per la decisione

L'asse portante del sistema impone che la prova utilizzabile per la decisione sia formata (salvo eccezioni rigorose) nel dibattimento tramite l'attività delle parti (pure qui, salvo eccezioni rigorose di poteri integrativi del giudice). È in buona sostanza, come già accennato, la sostituzione del precedente metodo autoritativo con il dialettico, secondo la più aggiornata epistemologia: anche nel campo giudiziario il metodo dialettico è quello che assicura alla funzione giurisdizionale premesse storiche di decisione le migliori possibili e quindi l'attitudine a pronunciare sentenze con il maggior tasso possibile di affidabilità per le parti processuali e per la comunità sociale.

Suoi fattori sono l'oralità e l'immediatezza di rapporto tra il formarsi della prova e il giudice della decisione.

VI.

La necessità di calmierare il carico giudiziario

Per consentire la concreta praticabilità a questo ruolo del dibattimento, ma più in generale per assicurare l'efficienza dell'intero sistema secondo le regole del «giusto processo» di cui il codice del 1988 è espressione positiva, occorre calmierare il carico giudiziario riattivando o rimodulando i meccanismi processuali deflattivi che nei decenni passati hanno mancato alle attese e pensandone anche di nuovi. È esperienza di tutti gli

ordinamenti che la domanda di giustizia - anche se eliminate le disfunzioni patologiche - deve fare i conti con risorse di risposta limitate (sarebbe un fuor d'opera, qui, soffermarsi su statistiche risapute). Si tratta dunque di operare in termini ragionevoli la cosiddetta «selezione del crimine».

I casi giudiziari, discernendo nella loro massa, devono trovare soluzione, in una quantità rilevante, in tempi e riti differenti dal dibattimento, pur senza scadere in una giustizia punitiva o sommaria. Il dibattimento va riservato, compatibilmente con le risorse di cui può in modo concreto disporre, ai casi la cui gravità o complessità richieda siano trattati con le elaborate forme dibattimentali.

Inoltre, e anzi in primo luogo, è irragionevole postulare che ogni notizia di reato debba inesorabilmente sfociare nel «processo» e che in questo, assunta come imputazione, sia destinata a percorrere tutti gli stati e gradi.

Se il legislatore ordinario viene meno a un tale compito di calmieratura di un incontrollato carico, si generano disfunzioni giudiziarie, alle quali poi provvede con interventi normativi irragionevoli e persino incostituzionali. Di tali disfunzioni basti fare qualche cenno fra le più macroscopiche: l'udienza preliminare non riesce a svolgere la funzione di filtro; i riti alternativi smarriscono la loro funzione; il giudizio monocratico si inceppa; il dibattimento avanti il Tribunale collegiale viene meno alla funzione di accurata formazione della prova;

i giudizi di impugnazione subiscono la deriva di procedimenti cartolari; la prescrizione assume dimensioni improprie.

VII.

Rimodulazione della regola dell'archiviazione

La prima barriera a un indiscriminato accesso delle notizie di reato al processo (scandito dal promovimento dell'azione penale) è il loro vaglio in funzione di un'archiviazione.

Questo filtro è da rilevare che non ha adeguatamente funzionato. La regola dettata dall'art. 125 disp. att. c.p.p. per la richiesta e la pronuncia del provvedimento di archiviazione, pur formulata in termini di giudizio prognostico di condanna nel giudizio, non ha trovato nella prassi la dovuta applicazione. È di certo un problema di cultura professionale dei magistrati, sia del p.m. che del gip, cui in qualche misura si può ovviare eliminando dalla norma l'espressione «ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché» in modo da fugare l'idea che sia anche da formulare un giudizio diagnostico.

VIII.

Rimodulazione della regola di giudizio per l'udienza preliminare

Uguale rilievo vale per la regola di giudizio stabilita dall'art. 425 c. 3 c.p.p. per la decisione di non luogo a procedere nell'udienza preliminare, la quale è inopinatamente congegnata, in via alternativa, con un giudizio diagnostico e uno prognostico.

Deve invece essere assegnato all'udienza preliminare, come sistematicamente corretto, il criterio che - simmetricamente a quello dettato dall'art. 125 n. att. c.p.p. - ravvisa la regola di giudizio di "utilità del dibattimento" in una prognosi di probabilità di successo dell'accusa in dibattimento.

Il recuperare la natura genuinamente prognostica della regola di giudizio per l'udienza preliminare non può indulgere all'accettazione di una versione "debole" della tesi della c.d. "utilità del dibattimento", quale traspare dalla prevalente giurisprudenza di legittimità. Non è accettabile la tesi secondo cui il g.u.p. dovrebbe disporre il rinvio a giudizio in presenza di qualsivoglia situazione probatoria comunque "aperta", dovendo, per contro, concludere l'udienza con sentenza di non luogo a procedere quando sia, a suo avviso, da escludere ogni possibilità di evoluzione del quadro probatorio in dibattimento in senso favorevole all'accusa.

L'adozione di simile regola di giudizio si presenta essenziale ad assicurare all'udienza preliminare un'efficace azione di "filtro" delle imputazioni e, con ciò, il consolidamento tanto delle sue ragioni di garanzia soggettiva, quanto quelle di garanzia oggettiva (deflazione).

Pertanto la disposizione dell'art. 425 c. 3 c.p.p. va così modificata: «Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

IX.

L'obbligatorietà dell'azione penale
nella Costituzione:
necessità di bilanciamento tra interesse
alla persecuzione penale e altri interessi
a copertura costituzionale

Occorre rimarcare che la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale, nel passaggio dal codice Rocco alla Costituzione, è sensibilmente mutata.

Nel primo tutelava l'interesse alla persecuzione penale come valore preminente in termini assoluti su ogni altro: l'azione penale era concepita come «cinghia di trasmissione» nella società di tutto il potenziale punitivo enucleato nella legge penale, posta a presidiare valori irrinunciabili perché prevalenti su ogni altro valore sociale o individuale in funzione di difesa dell'assetto statale.

Nella Costituzione l'interesse alla persecuzione penale è invece presidiato (art. 112 cost.) in un quadro plurale di valori, anch'essi a copertura costituzionale, e dunque relativizzato in tale contesto di tutele. Cosicché la sua attuazione nella legge ordinaria deve adempiere a due compiti: fissare criteri per l'esercizio dell'azione penale

idonei a mantenerlo nella sfera della legalità, senza sconfinamenti nell'opportunità; farsi carico di situazioni di conflitto tra l'interesse di persecuzione penale e altri anch'essi di rango costituzionale, rendendosi necessario un bilanciamento con l'opzione di tutela a favore di quello che risulti preminente: una normazione di fonte ordinaria che ignorasse tale compito, assumendo come assoluto l'interesse di persecuzione penale e negligendo altri valori costituzionali, sarebbe inadempiente alla legge superiore.

X.

L'interesse all'efficienza giudiziaria
tutelato dagli artt. 97 c.2 e 111 c. 2 cost.
Necessità di modifica dell'art. 131-bis c.p.

Di questo secondo profilo già si sono fatte carico le disposizioni sulla cosiddetta «irrilevanza sociale del fatto»: art. 27 d.p.r. n. 448/1988 per il processo minorile, art. 34 d. lgs. n. 274/2000 per il processo avanti il giudice di pace e, da ultimo, l'art. 131-bis c.p.

E' su quest'ultima disposizione che va ricondotta l'attenzione.

A essere in gioco è il rapporto tra il valore dell'interesse alla persecuzione penale, presidiato dall'obbligatorietà dell'azione penale, e il valore dell'efficienza giudiziaria, presidiato dagli artt. 97 c. 2 e 111 c. 2 Cost. Quando, in date situazioni, questi due valori entrino in conflitto perché la tutela dell'uno

compromette la tutela dell'altro, non essendo attribuibile al primo una preminenza assoluta sul secondo è necessario operare un bilanciamento tra i due per stabilire, in base a criteri di legge ordinaria, quale prevalga.

La norma concepita nell'art. 131-*bis* c.p. non è a tal fine condivisibile e anzi appare sospetta di incostituzionalità ex art. 112 Cost. Non prevede infatti un meccanismo di bilanciamento tra quei due valori, riducendosi a prevedere come causa di non punibilità di un fatto di reato la sua particolare tenuità. È appena il caso di osservare che anche la previsione di cause di non punibilità (o di non procedibilità) non rientra nella discrezionalità politica insindacabile del legislatore ordinario poiché l'inoperatività dell'art. 112 cost. (che non varrebbe eludere sull'assunto artificioso che le cause di non punibilità appartengono al mondo dei fatti di diritto sostanziale) è legittima in quanto consegua alla tutela di un altro valore a copertura costituzionale, ritenuto, nella situazione concreta, preminente.

Un secondo rilievo critico cui si espone l'art. 131-*bis* c.p. attiene alla sua utilità pratica riguardo all'efficienza giudiziaria. La norma concepisce la «particolare tenuità del fatto» come causa di non punibilità, cioè come elemento di diritto sostanziale. Il che innesca laboriose vicende procedurali (si pensi, come esempio estremo, ai rapporti complicati fra "particolare tenuità del fatto" e procedimento monitorio) non consone con l'obiettivo di disimpegnare risorse più proficuamente utilizzabili per altri casi, al servizio dell'efficienza giudiziaria: la

declaratoria di una causa di non punibilità presuppone risolte negativamente in sede istruttoria e decisoria le questioni di sussistenza di cause prioritarie di assoluzione (art. 129 c.p.p.). Qualificando invece quella situazione come condizione di procedibilità, ogni questione di merito è preclusa.

Sulla scorta di queste considerazioni, si può dunque formulare questa proposta, sostitutiva dell'art. 131-*bis* c.p. e più incisiva per la funzionalità giudiziaria: «Art. 344-*bis* c.p.p. Irrilevanza sociale del fatto. - 1. L'azione penale non è esercitata se il fatto è socialmente irrilevante. 2. L'irrilevanza sociale ricorre quando il fatto, per le modalità della condotta, l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose e l'occasionalità della stessa, è di particolare tenuità e il procedimento non è compatibile con le esigenze di efficienza dell'amministrazione della giustizia tenuto conto delle attività che comporterebbe nei suoi stati e gradi e delle risorse disponibili».

XI.

Criteri di priorità

Le considerazioni sopra svolte in ordine alla portata normativa dell'art. 112 Cost. nel generale contesto dell'ordinamento inducono anche a porre il problema dei cosiddetti criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Il tema è delicato in quanto sue soluzioni devono

far salva l'indipendenza funzionale del pubblico ministero dal potere politico. Peraltro è necessario tenere conto anche del valore dell'efficienza giudiziaria, esso pure, come si è detto, a copertura costituzionale (artt. 97 c. 2 e 111 c. 2 Cost.), tanto da esigere, in sede normativa ordinaria, un bilanciamento.

Sono necessarie, al riguardo, riflessioni molto accorte, ma ormai ineludibili.

Un'ipotesi prospettabile è questa: su proposta del Ministro della giustizia il Parlamento delibera linee guida sulla cui base i Procuratori generali presso le Corti di appello definiscono concreti criteri di priorità, sui quali si pronuncia il Consiglio superiore della magistratura.

XII.

Le innovazioni della tecnologia digitale

La rivoluzione digitale dell'ultimo decennio ha determinato profonde modifiche nel procedimento penale, offrendo innovative metodologie d'indagine e di ricerca della prova, nuove forme di documentazione dell'attività processuale, modalità virtuali di partecipazione delle parti alle udienze.

Le risorse tecnologiche, vantaggiose in termini di efficacia dell'accertamento, di accelerazione dei tempi processuali e dei relativi costi, mettono inevitabilmente in discussione categorie "classiche" del diritto processuale penale, così come suoi principi fondanti, dal diritto di

difesa al giusto processo, dall'immediatezza alla pubblicità delle udienze.

Onde evitare "forzature" ermeneutiche, tese a trovare una copertura normativa per le nuove attività, ed escludere la compressione dei diritti fondamentali, si ritiene necessario procedere ad una rivisitazione degli istituti maggiormente coinvolti dalla tecnologia digitale. Diventa urgente regolamentare i nuovi mezzi di ricerca della prova, nel rispetto delle garanzie di difesa dell'imputato, della tutela dei terzi e delle esigenze di scambio e cooperazione giudiziaria. Altrettanto importante è ridisegnare le categorie della "competenza" rispetto ai connotati peculiari del cyberspazio (aterritorialità, atemporalità, immaterialità).

XIII.

Videoconferenze

Sull'impiego delle tecnologie di videoconferenza nel processo, si ribadisce la non equivalenza tra la presenza fisica in aula e quella da remoto mediante collegamento a distanza, lesiva dei principi di immediatezza e pubblicità dell'udienza oltre che del diritto di difesa dell'imputato. Al fine di trovare un necessario e adeguato bilanciamento (costituzionalmente accettabile) tra gli interessi in gioco, è opportuno prevedere una completa e organica disciplina dell'istituto, che riporti la partecipazione a distanza dell'imputato nella ratio del doppio binario, escludendola

per i reati c.d. comuni, rispetti il contraddittorio nell'adozione del decreto autorizzativo del giudice, ne legittimi l'uso in presenza di ragioni di sicurezza e non di economia temporale, escluda l'automatismo autorizzativo in presenza di problemi tecnici, preveda il richiamo alla nullità per gli errori in procedendo, assicuri la riservatezza dei colloqui con il difensore, disciplini la forma della documentazione delle attività delle parti presenti a distanza, razionalizzi e regolamenti meglio le ipotesi di partecipazione telematica delle altre parti (in particolare, del difensore).

8 marzo 2019

IL CONSIGLIO DIRETTIVO

Prof. Oreste Dominioni, Presidente

Prof. Enrico Marzaduri, Vicepresidente

Prof. Tommaso Rafaraci, Vicepresidente

Prof.ssa Donatella Curtotti

Prof.ssa Teresa Bene

Prof. Carlo Fiorio

Prof. Hervé Belluta, Segretario