
GIUSEPPE RICCIO

**La crisi della giustizia
tra pressioni comunitarie e recessioni interne**

L'autore esplora la filosofia delle differenti modifiche al codice del 1987-89 a partire da quelle raccolte sotto il titolo "doppio binario" fino all'ultima legge del 2019, per dimostrare il progressivo passaggio dalla politica del garantismo alla politica securitaria degli anni dal 2013 in poi ed i relativi deleteri effetti sul terreno delle categorie fondamentali della procedura penale e del processo.

The crisis of justice between community pressures and internal recessions

The author explores the philosophy of the different changes to the 1987-89 code starting from those collected under the title "double track" until the last law of 2019, to demonstrate the progressive transition from the policy of guaranteeism to the security policy of the years from 2013 onwards and the relative deleterious effects on the ground of the fundamental categories of criminal procedure and the process.

SOMMARIO: 1. L'esaltazione garantista degli anni '80 e la breve vita del codice "accusatorio". - 2. Neutralità del giurista e crisi del processo. - 3. L' "efficienza" del processo come collante tra legislazione e Corte costituzionale. - 4. I tempi della prescrizione e la ragionevole durata del processo: una farsa non solo legislativa.

1. *L'esaltazione garantista degli anni '80 e la breve vita del codice "accusatorio"*. Trenta anni. I più giovani come me ricorderanno il fascino di quell'epoca ricca di esaltazione garantista e di progressiva sensibilizzazione costituzionale, alimentate da una dottrina sempre più consapevole dei principi che la Corte provvedeva a rendere effettivi, nonostante la pretesa natura programmatica di molte norme dello Statuto, e grazie ad un legislatore che si lasciava guidare sul terreno del rinnovamento delle categorie giuridiche sostenute dal formalismo giuridico e dalla Scuola tecnico-giuridica.

Furono gli anni della rivoluzione culturale e della consapevolezza che diritti procedurali e struttura del processo sono situazioni interferenti, per cui solo la radicale modifica della seconda poteva rendere effettivi i primi. Fu la grande intuizione di Carnelutti e della dottrina d'estrazione socialista quella di ritenere l'Inquisizione uno strumento di mortificazione della persona; di qui l'affezione al processo anglosassone, anche se studi più recenti - si vedrà - distolgono da false credenze, chiarendo che il *common* coltiva la filosofia dell'efficienza e il *civil* la filosofia dei diritti (H. Patrick Glenn, *Le tradizioni giuridiche nel mondo*, 2011); eppure dal primo sistema, ancora oggi, il secondo copia "prove digitali" e "giustizia predittiva" nella falsa illusione di recuperare efficienza al processo e, forse, con maggiore fortuna, la logica del precedente.

Fu una gara di nobili sentimenti per un processo che doveva mettere al centro

la tutela della persona, correttamente interpretando la *presunzione di non colpevolezza quale paradigma di sistema*, quale regola di trattamento e presupposto del giudizio, cioè quale principio fondante delle situazioni soggettive protette nel processo, in tutto il suo arco comunque organizzato.

Fu l'inizio di una stagione esaltante, anche se ci vollero cinque lustri per realizzare il rinnovamento di funzioni e struttura del processo, consapevoli della natura costituzionale degli strumenti per realizzare la pretesa punitiva dello Stato: si affacciavano le nuove categorie della giurisdizione (di garanzia e di accertamento) e del pubblico ministero (azione in senso concreto) che l'art. 521 politicamente distingue sul piano funzionale, evitando misture tra azione e giudizio; soprattutto si riconosceva l'eminente ruolo di accertamento del processo (artt. 187 ss. e 493 ss.), liberato da scopi eterogenei di difesa sociale e di tutela della società: la "repressione è civiltà" diceva il "principe" degli anni '20 (1920).

L'esaltazione garantista degli anni '80 poneva al centro della procedura e del processo la giurisdizione. L'esaltazione antifascista di quell'epoca traghettava il processo verso la democrazia, abbandonando un risalente passato inquisitorio che puntava sulla centralità dell'azione, intesa, allora, quale "opera ricostruttiva del fatto e della responsabilità da parte del giudice". Perciò, già il porre al centro del processo la giurisdizione - e la "giurisdizione di garanzia", in particolare - capovolgeva la filosofia-Rocco, autoritaria quanto ai diritti, orientata sulla difesa della società quanto allo scopo.

Non fu un'ipocrisia; non un'improvvisata "avventura"; non fu una visione sistematica fallace.

Fu una scelta garantista condivisa, sostenuta da vent'anni di dibattito non solo accademico e dalla convinzione che fosse "democratico" affidare al "terzo la tutela delle situazioni soggettive protette, frutto della traduzione in regole dei diritti costituzionali della persona".

Fu questa la rivoluzione di fine anni '80.

Nacquero allora le nuove categorie che hanno alimentato il successivo studio della Procedura penale, soprattutto la consapevolezza che il processo è il luogo delle garanzie dettate in Costituzione per la persona, fino al lembo della esecuzione della pena, obbligatoriamente orientata sulla umanità e sul recupero del condannato; è, cioè, il luogo della tutela della persona.

Da allora, altri cinque lustri e poco più hanno realizzato il totale abbandono di principi e regole di quell'epoca, trasferendo il processo su altri terreni che evocano vecchie filosofie autoritarie: di crisi in crisi il processo ha cambiato pelle, trasferendosi su funzioni securitarie e di rasserenamento sociale che

hanno prodotto il fallimento del sistema nel suo insieme; una crisi intercalata da modifiche a tempo per consentire al processo di debellare fenomeni di elevata criminalità e di ingenti danni sociali (esempio emblematico è stata la legge sui rifiuti del 2008).

In verità la crisi fu immediata.

Sono cose note, è vero; ma si evocano sotto la spinta del disvelamento dei terreni di filosofia delle istituzioni su cui vale la pena di intrattenersi per capire il perverso cammino del processo penale e la progressiva perdita della sua funzione garantista, che hanno prodotto categorie giuridiche nuove poco congeniali alla giurisdizione intesa come “giardino dei diritti”.

La crisi fu immediata; immediata la manipolazione del codice per la presunta inidoneità a lottare la criminalità organizzata: il dato antropologico produsse la duplicazione delle strutture processuali fino alla centralizzazione autoritaria del sapere criminale ed alla collegialità delle strutture anche investigative (cfr. Il Nostro, *Garantismo e dintorni*, Napoli 2015).

Una prima esplicita denuncia della complessa situazione si rintraccia, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice, nel Convegno di Torino del 1990 su “*Il processo penale italiano visto dall'estero*”. Furono voci contrastanti. Tra Ennio Amodio - che indicava il nuovo “modulo” apprezzato dai giuristi stranieri come possibile modello per il processo Europeo - e Neppi Modona - che metteva in guardia dalla esaltazione anglosassone -, Luciano Violante, manifestò seri dubbi sulla idoneità del nuovo codice nella “lotta alla criminalità organizzata”. Fu il primo assaggio di una totale manipolazione del codice; che si realizzò l'anno successivo ad opera della Commissione parlamentare antimafia presieduta da Chiaromonte. Nella *Relazione* al Parlamento di quell'anno (1991), infatti, l'organismo istituzionale motivò l'insufficienza del nuovo sistema nel “contrasto” alle mafie, dando avvio al complesso sistema sul piano della organizzazione giudiziaria e delle deroghe normative al codice che ora chiamiamo “doppio binario”, prevalente in sede investigativa, ma operativo anche in sede giudiziale, attraverso l'inversione delle regole contenute nella norma “simbolo” dell'art. 12 c.p.p.: si ripristinava il vecchio rapporto regola-eccezione; ridiventava prevalente l'“unione dei processi”, non la “separazione”; si ritornava al processo-scopo caro a Rocco ed ai suoi epigoni.

Questo movimento politico relativo all'azione si rinforza sul piano del giudizio grazie alla giurisprudenza costituzionale del '92, a cui la dottrina addebitò la responsabilità della nuova linea repressiva del processo e il ripristino di logiche inquisitorie. Ma non fu una “fuga” inattesa.

Si trattò di un preciso progetto politico: l'intervento del legislatore sul terreno investigativo si completava, attraverso la Corte, sul piano della prova e del giudizio, giacché questa, prendendo atto della crisi della prova orale particolarmente acuta in quell'anno (= 1992), ripropose il principio di "non dispersione della prova" come indispensabile strumento per il raggiungimento del fine del processo (= la ricerca della verità) che aveva caratterizzato il precedente sistema, consapevolmente equivocando tra "prova" ed "indagini" con una insostenibile identificazione di differenti situazioni, processuali e procedurali (cfr. tra altri, ovviamente, il Nostro, *la Procedura penale. Tra Storia e Politica*, Napoli 2010); e, si vedrà, il connubio ritorna in questi anni più recenti.

Su questi fondamenti appare evidente, in linea generale e preventiva, la dubbia costituzionalità di un sistema autoritario ed alternativo, che collide - non sul piano formale; non rispetto all' art. 72 Cost. - con le linee politiche del nuovo codice, allora appena pubblicato, il cui fondamento istituzionale, politico e dogmatico si rintraccia nella Premessa della legge-delega: "attua la costituzione; attua il sistema accusatorio; si uniforma alle norme di diritto internazionale": il *Preambolo penalistico della Costituzione* era (è) il manifesto per la Procedura penale, non solo per il codice.

Ma i dubbi di coerenza costituzionale innestavano una grave "emergenza" culturale della politica dell'epoca, che ha sostenuto una stagione carsica di rigore inquisitorio già segnata nello scorcio del secolo scorso e che approda, oggi, ad una irreversibile crisi di sistema, da addebitarsi alla legislazione più recente dal 2013 a ieri, ad oggi.

Il tentativo di ripristinare principi garantistici con la legge costituzionale di fine millennio (la n. 2 del 1999) riaffermando le "regole per la giurisdizione", col tempo, è sembrato nient'altro che un capitolo riepilogativo di principi già in uso e via via messi in crisi dal sovrapporsi della forza dirompente dei nuovi innesti d'oltralpe, frutto della "(in)provvida" modifica dell'art. 117 Cost., che, col tempo, ha reso inattuali principi fondamentali come la "legalità" e "il giudice è soggetto solo alla legge": il dialogo (o il conflitto?) tra leggi e Corti ha prodotto un diritto "sovranaZIONALE" le cui molteplici fonti fanno i conti con le molteplici interpretazioni.

È un nuovo mondo sul quale si innesta il diritto postmoderno con i suoi algoritmi e la "giustizia predittiva" - ancora una volta - di origine anglosassone, non priva di interessanti spunti, ormai divenuto tema privilegiato soprattutto da parte della magistratura (cfr. i lavori di Scuola Superiore della Magistratura, *Progresso scientifico e giudizio di merito: nuove scienze, prove atipiche*,

perizia, Roma, 13 settembre 2019), che sembra rasserenata dalla riduzione degli spazi di discrezionalità e, quindi, della responsabilità funzionale: sul tema ogni riflessione appare riduttiva, qui; ma è argomento su cui finalmente si è aperto il dibattito (per qualche ulteriore informazione ci consentiamo il rinvio al Nostro, *Ragionando su Intelligenza artificiale e Processo penale*, in questa *Rivista*, 2019).

Ma, si diceva, è tempo di crisi.

2. *Neutralità del giurista e crisi del processo.* Avvertita in termini differenti dai protagonisti della "vicenda", la crisi della giustizia sembrava aver trovato una accorta soluzione nella molteplicità di leggi succedutesi a partire dal 2013 ed in particolare nell'ultima del "pacchetto-Orlando" approvata in Parlamento nel 2017, voluta ad ogni costo, anche in quelle parti per cui l'intervento era solo di delega. Ma, siccome al peggio non v'è mai limite, la crisi politica dello stesso anno ha condotto alla nuova legislatura che ha esordito in materia di giustizia con la legge del 9 gennaio 2019 n. 3, secondo cui la pronuncia della sentenza di primo grado "sospende" la prescrizione del reato; legge assurda, che non a caso viene definita "dichiarazione d'innocenza mai" per descrivere gli effetti deleteri di una legge improvvisata, priva di ogni razionale giustificazione, che riduce il processo ad una farsa giudiziaria (su cui Ennio Amodio, *A furor di popolo*, 2019, di cui critico l'idea che la politica della sicurezza sia nata col governo giallo-verde).

È un atteggiamento istituzionale imbarazzante; se non fosse la testimonianza del vizio genetico della nostra "politica", quello di affidarsi alla filosofia dell'emergenza ed a leggi simboliche per la provata incapacità di mettere mano al sistema penale nel suo complesso; eppure, la indescrivibile varietà delle materie su cui la legge interviene (dal penale alla procedura, dalla mediazione alla riparazione, dal penitenziario alle alternative al carcere) ed il tempo intercorso per approvarla, oltre quelle che la hanno preceduta, sarebbero stati sufficiente oggetto e sicuro periodo per una revisione del sistema, chiesta da anni, da quando le continue manipolazioni hanno reso irriconoscibile il codice del 1987-89; anzi, da quando in questo Paese non c'è più un codice di procedura penale; meglio: da quando il processo non è più regolato da leggi ma è successione di prassi più o meno riconducibili a liberi comportamenti, viziosi o virtuosi che siano.

Dunque, per capire il livello di evoluzione o di involuzione che le ultime leggi rappresentano interessa meno stabilire la tara garantista di questa o di quella

norma (che pure si dovrà valutare); interessa più, molto di più, cogliere la filosofia di sistema che ha guidato l'opera del legislatore nella "invenzione" di questo complesso e contraddittorio "pacchetto", privo di premesse ontologiche e di presupposti dogmatici.

Interessa ancor più rendersi conto che il vizio di metodo si rintraccia anche nei mutati rapporti tra accademia e politica e nella inconsapevolezza dei compiti della scienza giuridica, che in queste epoche deve (= dovrebbe poter) innovare l'approccio ai temi del processo penale senza astrarli dal contesto politico ed istituzionale; al contrario, mettendoli in stretta relazione con esso, per fornire, con sano realismo, al legislatore, ai giudici, ai cittadini ed ai loro difensori le premesse ontologiche di ogni intervento che riguarda le libertà fondamentali; suggerimenti ed indicazioni utili alla socialità del diritto che oggi si è allargato a sponde europeiste; per non dire globali.

E invece non è così; anche perché si stenta a prendere coscienza dei mutati rapporti tra diritto e processo.

Già in altra occasione (*Giuristi e legislatori*, apparso su *questa Rivista*) notavo che in queste evenienze il giurista è "messo da parte"; il legislatore agisce con pragmatismo e "alla svelta", raramente con la opportuna razionalità e con i dovuti approfondimenti dogmatici, ignorando il rigore sistematico, risultandogli sufficienti gli indirizzi giurisprudenziali spesso accondiscendenti sul terreno del malsano senso di efficienza, quella che cura la quantità dei prodotti, indipendentemente dalla effettività delle garanzie che legittimano la giurisdizione, in tal modo dominata da prassi giudiziarie spesso devianti, che andrebbero ricondotte a norma.

Si tratta di una nuova forma di "restaurazione"; di un progetto di legittimazione indipendente dalla diffusa condivisione di giurisprudenza (mancando il "precedente") o dalla "devianza" dei comportamenti del pubblico ministero (privi di sanzioni).

In quel contesto manifestavo l'impressione che rispetto a questi indirizzi politici e giudiziari fosse richiesto al giurista di accantonare dubbi dogmatici giudicati "ingenerosi" rispetto alle fatiche che giurisdizione e politica affrontano per "reprimere" fenomeni degenerativi della società, rispetto, cioè, ad un'opera complessa e delicata nella quale qualche leggerezza "può capitare".

Mi rendevo conto che siamo di fronte ad una nuova forma di *neutralità*, addirittura "raccomandata" in questo nuovo rapporto tra principe e giurista.

Fa leva sulla sensibilità civile del giurista-cittadino; lo invita a desistere dal criticare sforzi e travagli che le istituzioni compiono per produrre un cambiamento atteso - da anni, da troppi anni -, quando finalmente si avverte la per-

cezione del “rinascimento”; ma non è il processo il terreno per la “lotta”.

L’invito – per verità ripetuto in sedi diverse – ignora che l’atteggiamento neutrale del giurista fu “vizio” metodologico della Scuola tecnico-giuridica che nel secolo scorso caratterizzò l’epoca della legislazione fascista sotto l’alibi del positivismo giuridico; e prima ancora di quella di matrice liberale. Allora, dubbi e perplessità erano considerati illecite forme di contestazione del dominio indiscusso della legge, quando non illegittime “invasioni di campo”; allora, il giurista non poteva considerarsi soggetto “politico”, neanche quando discute di valori e di libertà (sul tema della lotta alla neutralità del giurista cfr. *Introduzione a Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, 1982).

Insomma, sembra che manchi la consapevolezza del valore garantista della critica al rapporto di razionalità tra legge e prassi e tra leggi e sistema, tra progetti ed iniziative politiche, oltre che alla corrispondenza tra sforzi innovativi e ragioni di sistema.

È questa la premessa dell’opera; ignorata dalla politica ormai autosufficiente ed autoreferenziale; è la premessa dell’opera; il presupposto della legislazione, ma non di questa legislazione, che ha abbandonato le epoche felici della creazione comune del diritto; è la premessa dell’opera che poggia sul radicale cambiamento delle fonti e sul recupero delle tradizioni che producono il diritto.

Senonché, se alla fine degli anni ‘80 la riforma del codice di Procedura penale realizzò un’opera rivoluzionaria concretizzando la netta cesura con una tradizione ultracentenaria di continuità inquisitoria, l’attuale processo rinnova quelle traduzioni, soprattutto quando si integrano con fonti e corti sovranazionali che valutano il versante dei diritti attraverso l’efficienza e l’efficacia della giurisdizione, ignorando che le esigenze interne della giurisdizione non possono essere messe in conflitto con la tutela della persona, pena, il fallimento della giurisdizione stessa e, peggio, della democrazia del processo.

Che siano questi i termini della questione deriva anche da esperienze “didattiche” compiute alla “Federico II” in occasioni seminariali con i responsabili di quella legislazione, secondo cui è tempo di distinguere i compiti del legislatore da quelli dell’accademia, in controtendenza con la “cultura della legislazione”. Per loro, il sapore emergenziale è il presupposto del discorso che ripete il perenne vizio di questo Paese, secondo cui il governo deve occuparsi delle “leggi possibili” (stabilite con quale metro? economico?), spettando alla dottrina la ricostruzione del sistema, anche quando manchi del tutto ogni forma di razionalità sistemica.

Si capovolge, così, il metodo della politica; si relega il presupposto ad attività

postuma; il referente dogmatico e la scelta di valore seguono l'opera del legislatore; si esautora la cultura del processo dalle scelte legislative, ritenendo che solo successivamente la dottrina possa ricercare la linea di sistema di quegli interventi legislativi. Insomma, si suggerisce un approccio meno ideologizzato e più pragmatico ai settori sui quali si è intervenuti in quell'epoca, tesi che nello specifico potrebbe essere condivisa *se l'ideologia della libertà non sovrastasse ogni discorso intorno al processo penale*, ideologia che credo nessuno voglia ignorare o sminuire.

Pure qui, insomma, il richiamo ai compiti della dottrina è forte.

Dunque, spetta al ricercatore il disvelamento della razionalità e della coerenza costituzionale delle leggi in materia di processo penale di recente conio, anche perché sono mutati i canoni intorno a cui si è costruita questa nuova stagione novellistica: sono cambiati i protagonisti della legislazione e i baluardi dialettici del potere legislativo descritto negli artt. 70 ss. Cost.: l'iniziativa si è trasferita dal Parlamento al Governo che ricorre al voto di fiducia giacché gli emendamenti sono considerati ostacoli ostruzionistici, non proposte migliorative, che legittimano il governo a quella scelta "antidemocratica", essendo esso il protagonista esclusivo della legislazione, tale, anche quando la elaborazione della legge è interna alla sua dialettica.

Dunque, l'opera è quella di cogliere la comunione tra diritti e giurisdizione; "approdi" su cui le leggi in commento propongono nuovi approfondimenti dottrinari: il rapporto tra tradizioni e moduli operativi e lo studio delle categorie derivate dal modo con cui tale rapporto è trasferito nei singoli settori del sistema.

Per questi aspetti il discorso è nuovo; prospetta itinerari intellettuali suggeriti dai mille aspetti connessi ad una formula che evoca tradizioni, categorie e sistemi a cui dare "etichette" reali e semantiche sicure, dovendosi notare che le categorie inquisitorio/accusatorio hanno acquistato connotati nuovi in cui non è più ben definito il rispettivo dominio della autorità e/o della democraticità.

Il discorso è nuovo; tradizioni e categorie si presentano in divenire; e suggeriscono di superare la staticità del pensiero intellettuale a favore della problematicità della ricostruzione critica; si involge in dubbi, non dà certezze; presenta progettualità, non sicurezze diagnostiche (cfr. *Introduzione* a Camera penale di Napoli, *La Riforma Orlando*, Quaderno n. 2 del 2018).

3. *L'efficienza del processo come collante tra legislazione e Corte costituzionale*. La premessa è di metodo; con essa si misura la "manovra" realizzata con la Legge-Orlando e successivamente; il cui tasso garantista va individuato sco-

prendo il "filo rosso" di un progetto legislativo partito da lontano e che si è concluso quasi contestualmente con questa legge e, poco dopo, con il Codice Antimafia; leggi fortemente contestate, la prima, per un trascinarsi umorale con le contese leggi che la hanno preceduta, il secondo, per la prevista applicabilità delle misure patrimoniali preventive ai delitti di corruzione, ipotesi tradotta a seguito della pressione della Commissione interparlamentare antimafia, che già nella Relazione del 2014 auspicava tale soluzione, le cui contestate disposizioni i responsabili politici hanno già dichiarato che vanno cambiate; ma, si sa, i tempi della politica sono biblici.

Nel codice antimafia il tasso autoritario dovrebbe costituire una vera forma di deterrenza nei confronti dell'aumento del fenomeno di grave allarme sociale, quello dei c.d. reati contro la pubblica amministrazione o, più semplicemente, dell'insopportabile fenomeno corruttivo, divenuto una vera e propria "abitudine sociale". Il tasso autoritario è dato da misure fuori o prima del processo, di grande impatto, non solo individuale, su cui la contestazione è orizzontale anche da parte delle Istituzioni che si interessano del fenomeno, dal momento che quelle misure hanno come presupposto il sospetto, non la colpevolezza. In quel Codice, infatti, sono unificati reati di criminalità organizzata e delitti di corruzione, su cui anche Cantone appare poco convinto, pur avendo affermato che la corruzione ha costituito la piattaforma per il "salto di qualità" delle mafie. Dunque, la partita è ancora aperta: il fronte riformista è forte e deciso; anche se, sul piano sociologico e criminologico, si nota che il distinguo tra criminalità organizzata e delitti dei "colletti bianchi" nasconde un dato antropologico, la differenza tra "cives" e mafioso, tra società civile e camorristi, già considerata anni addietro per il "doppio binario", che spostò il settore sul piano del sospetto e sul "diritto penale d' autore".

Il tema è delicatissimo; di grandissima rilevanza; ma esce fuori dalla specificità di questo intervento, che si organizza intorno alle cause di siffatte improvvisazioni, che vanno svelate e, con esse, la filosofia dell'intero "pacchetto" di cui la Legge-Orlando è il conteso epigono.

Ebbene, il notevole tasso autoritario del recente complesso normativo deriva dalla contraddittoria incoerenza delle molteplici discipline su cui è intervenuto per correggere prassi devianti subito ripristinate (la legge in tema di misure cautelari), o per legittimare prassi giudiziali (le regole sul ricorso per cassazione), o per ridurre gli spazi difensivi in nome di un insano efficientismo (accertamento tecnico; rito abbreviato e indagini difensive; partecipazione a distanza di imputati e testi; ecc.); contraddizioni che si evidenziano ove si accostino misure generalpreventive e strumenti specialpreventivi: le prime cer-

tamente intranee al processo-scopo, le seconde, anomale forme clemenziali di anticipazione dei bisogni penitenziari secondo il programma dell' art. 27 Cost. Tutto intero.

Come in altri tempi, anche in questo caso il sostegno della Corte costituzionale è stato immediato: la sentenza n. 132 del 2019 giustifica la mancata ripetizione dell'acquisizione delle prove in caso di mutazione del giudice per realizzare il diritto dell'imputato al processo breve. La sentenza è in controtendenza con il prevalente pensiero della Corte e con le sue posizioni garantiste; ma nel caso di specie l'ipocrisia normativa è evidente; un mito irrealizzabile (= il processo breve) sostituisce il contraddittorio.

Il comune approccio è solo in apparenza centrifugo: nella legge le modifiche alle norme penali si sostanziano nell'aumento dei minimi edittali di pena per taluni delitti; e simboleggiano un'emergenza giudiziaria, l'incontestabile "abitudine" del ricorso giurisdizionale al minimo legale della pena. In chiave generalpreventiva, poi, la legge riduce lo spazio di discrezionalità del giudice per dare maggiore incisività nella "lotta" alla criminalità di ogni genere, in controtendenza con i primi interventi riformisti del pacchetto, orientati al processo "educativo" ed al "perdono", al recupero endoprocessuale del reo, e, dunque, alla prevenzione speciale: così, ad esempio, nella messa alla prova non è richiesto alcun accertamento di responsabilità, essendo sufficiente un programma "di prova" concordato o arricchito da prescrizioni, per far fronte alle spinte europeiste in termini di decarcerizzazione.

Così operando il processo cambia natura e la giurisdizione acquista connotati "notarili".

Dal mio punto di vista, dunque, (lascio a chi si interessa dei singoli "istituti" di valutare il tasso garantista di questa o quella disposizione) la Legge-Orlando si scruta, secondo abitudine, alla ricerca del senso sistematico e della coerenza costituzionale del "pacchetto" a cui appartiene, che ha quali precedenti illustri la "messa alla prova per adulti" e la "tenue offensività" e via dicendo, che fu l'inizio della "politica per la giustizia" (è questo l'oggetto reale, non necessariamente condiviso, di questa politica) del governo precedente: un progetto complessivo di cui è opportuno conoscere - ove esista - il filo rosso e su cui è dovuta una valutazione di tono statutario: progettualità e razionalità sono i termini (qui) contraddittori intorno a cui ragionare per capire l'iniziativa legislativa.

La premessa indica l'errore di metodo: il circuito virtuoso che crea le leggi - è stato così in passato - si avvale del contributo di "laici" dialoganti che indicano le coordinate dogmatiche e le soluzioni razionali, lasciando alla politica la

scelta necessaria. Non è così da anni; il tempo delle commissioni di studio (quelle che mettevano a confronto i ceti della giurisdizione) si è fermato nel febbraio del 2008, anche se in seguito non sono mancati suggerimenti "unilaterali": le testimonianze si colgono nelle Relazioni dei disegni di legge.

Fu così negli anni felici della Procedura penale, gli anni della esaltazione garantista e del processo accusatorio, a cui si è ritornati in questa sede per approfondire le coordinate con cui penetrare significati e simbologie della stagione [contro]riformista a cui assistiamo. Allora, negli anni '80 l'esperienza statunitense di alcuni docenti del nostro Paese alla ricerca di nuovi referenti culturali ed istituzionali per il processo penale spostò l'attenzione sulla *common law* ritenuta la tradizione che cullava i diritti della persona, pochi ma essenziali, in verità, lì ricavato dallo Statuto. Il legislatore agì di conseguenza; le Commissioni redigenti e di controllo che dialogavano nella realizzazione della delega receperono i segnali del processo a fasi disomogenee, della multischematicità e della *probation* processuale, della giurisdizione di garanzia e della prova per il dibattimento.

Restavano nel campo inquisitorio impugnazioni e sistema sanzionatorio, orientati ancora sugli atti non sui comportamenti, irrazionalmente, giacché il trasferimento al processo di *common* esalta questi - di cui è infarcito il processo - non gli atti; ed è questa una delle partite essenziali per la sopravvivenza delle garanzie nel nostro processo che resta, però, osservazione elitari, di pochi addetti ai lavori, ormai consapevoli che senza "rivoluzione" culturale si andrà avanti a "pannicelli caldi", come si usa dire per rappresentare la pochezza funzionale degli interventi.

Bisognerà attendere gli anni 2000 per superare qualche pregiudizio e per avere una documentata conoscenza dei nuclei di essenza delle tradizioni giuridiche e, attraverso essi, dei valori che ciascuna prende a misura della sua esistenza. In questa sede il riferimento a questi studi diventa metodo per la valutazione di razionalità sistemica e di valore della [contro]riforma-Orlando.

Perciò si ricordano le tradizioni giuridiche - dalla indigena alla talmudica, dalla cattolica alla ebraica, alla islamica, dalla civil alla *common* -, dalla cui conoscenza si ricava la convinzione che le passate credenze erano fallaci: tra *civile common*, ad esempio, la sensibilità per i diritti della persona è della prima, essendo l'efficienza il valore di essenza della seconda; e ciò indipendentemente dal sistema processo, ove si ricordi che l'*inquisitio* è di origine ecclesiastica, la libertà di origine laica e liberale. Ne è conferma questa legislazione che stabilisce il rapporto tra efficienza e misure anglosassoni, che relegano al dibattimento solo casi residui, lasciando il resto (= il tutto) ad ogni tipo di "patteg-

giamento" (sin davanti alla polizia), così mortificando giurisdizione e processo, funzioni e accertamento, quindi, la presunzione di non colpevolezza. Del resto, è noto che lì (= in quel mondo) la contesa è un "gioco a due", nella quale il giudice è il garante del rispetto delle regole e la giuria è l'"incomodo" consenso popolare chiamato alla decisione, sempre che le parti non patteggiano (ancora) nel corso della camera di consiglio per sottrarre alla giuria il potere di decidere per reciproca convenienza.

È un mondo diverso, insomma; è una giurisdizione altra rispetto alla nostra, dove l'efficienza, nel significato di punizione del reo ad ogni costo, si spinge fino a questo: è il dominio della prevenzione generale, che alimenta una giurisdizione "optional", se si vuole, "residuale", comunque non una giurisdizione-accertamento; ed è questa la inconsapevole linea di questa legislazione.

È un processo "di parti"? Certo. È un processo coerente con la nostra Costituzione o con le leggi europee che oggi governano anche il nostro processo? Dubito; fortemente dubito; perciò è con queste vicende che deve fare i conti la legge -Orlando e quelle che la hanno preceduta.

In verità, il falso obiettivo della legge è dichiarato nella *Relazione* che accompagnava il Disegno di legge del 23 dicembre 2014: "recuperare il processo ad una durata ragionevole...è condizione essenziale ... [per realizzare] il giusto processo...senza che venga perso di vista lo stretto raccordo tra una maggiore efficienza del sistema ed il mantenimento, se non il rafforzamento, delle garanzie dei diritti, specialmente dell'imputato".

È il "garantismo efficientista" che nel 2006 guidò i lavori della Commissione-Riccio? Neanche a dirlo. Di quella filosofia non v'è ombra, se non la sinonimia dei termini, non la loro semantica, dal momento che quella Bozza puntava sulla giurisdizione, laddove la legge-Orlando, ha puntato sulle parti, pur non realizzando un "processo di parti", né altra forma di processo accusatorio, essendo "mortificati" accertamento e giurisdizione, oltre i diritti fondamentali dell'imputato.

Il progetto era ambizioso; si proponeva il tentativo di rendere effettiva "la ragionevole durata del processo"; che si coniugò con "una equilibrata politica di 'decarcerizzazione'" per "dare effettività al principio del minore sacrificio possibile della libertà personale", dovendosi considerare "il carcere come *extrema ratio*": così nella *Relazione*, che poi contraddittoriamente realizza "messa alla prova" e "tenue offensività" e, successivamente "non punibilità per condotte riparatorie"; "punibilità a querela"; archiviazione concordata; accorciamento dei termini in caso di "riserva di incidente probatorio"; azzeramento dei vizi procedurali nel giudizio abbreviato; "dichiarazione del domicilio presso il di-

fensore d' ufficio"; partecipazione a distanza di imputati e testi; limiti al ricorso in caso di doppia conforme; inammissibilità de plano; ed altro.

Quale altro diritto deve essere ancora sacrificato? E per quale ragione; non essendo questa la strada della ragionevole durata del processo, foglia di fico in precedenza per discipline che alternano *probation* e opportunità difensive e che feriscono la legalità processuale, dovendo rimuovere il pessimo giudizio dell'Europa in ragione del disumano trattamento dei detenuti, anche in attesa di giudizio.

Ora, volendo tirare le fila del complesso discorso in apparenza centrifugo (l'unico risultato positivo è rappresentato dalle limitazioni al potere impugnativo del pubblico ministero in presenza di doppia conforme; ma in tal caso il dubbio dovrebbe riguardare il potere in sé); volendo tirare le fila appare evidente che sbaglia chi reputa che la legge costituisca un ritorno inquisitorio. Non è così; se si vuole, si tratta di una nuova forma di inquisitorialità, se col vocabolo non si indica solo un dato strutturale, ma la moda dei rapporti tra efficienza e garanzie nel processo penale (= la "terza via").

In questo senso garantista, costituzionale e democratico il nostro processo è inquisitorio per la parte che definiamo "doppio binario", che sfrutta la "forza" di una legislazione "speciale" autoritaria e di una organizzazione investigativa mastodontica, nazionale e derogatoria rispetto alla organizzazione della giurisdizione "ordinaria", in cui sono ritenute "sopportabili" le limitazioni garantiste normative e giudiziarie in ragione della appartenenza "[anti]sociale" dell'autore del fatto (= è una caratteristica del "diritto penale d'autore"); è *inquisitorio* per le continue deroghe disciplinari, anche di natura giudiziaria, per questo o quel reato; è *inquisitorio* per la organizzazione giudiziaria di tono autoritario e adialettico; è *inquisitorio* perché il "sistema" mette in crisi tradizioni e concetti che consentirono la costruzione del razionale "ordito" di fine millennio, che raccoglieva nel processo i diritti esistenziali della persona e gli oneri di solidarietà sociale dello Stato, trasformandoli in *norme di garanzia* ed in *situazioni soggettive protette*, che sottraevano legittimazione a qualsiasi operazione di genere contrario ed autoritario; è *inquisitorio perché azione, giurisdizione e processo hanno mutato semantica e funzioni tradizionali*; è *inquisitorio* perché tali categorie hanno perso il ruolo di premessa della costruzione del sistema; è *inquisitorio* perché esse non sono più il luogo dell'accertamento del fatto e della responsabilità, ormai residuale a seguito del "pacchetto-Orlando"; è *inquisitorio soprattutto per l'arretramento del giudizio sull'azione alimentato dai nuovi mezzi di prova digitale (la "terza via")*; è *inquisitorio perché il protagonista del processo è il pubblico ministero*, per i cui

vizi di comportamento, però, non sono previste sanzioni, pur essendo situazioni che offrono una contraddittoria immagine della magistratura, ora subordinata, ora autoritaria, e che si propongono di *realizzare la "ragionevole durata del processo" addossando all'imputato la disorganizzazione della giurisdizione.*

Ma non è detto che tutto ciò funzioni. Tutt'altro

Giurisdizione e processo sono oggi "categorie" diverse da quelle coltivate nella letteratura classica (= dalla Scuola classica e liberale), avendo perduto, la prima, il ruolo di "giardino delle garanzie e del sistema" e, il secondo, il compito di accertamento che gli è congeniale.

Hanno assunto, giurisdizione e processo, caratteristiche ontologiche meramente punitive o, all'opposto, connotati rinunciatori con cui far fronte a bisogni deflativi realizzati con definizioni anticipate (= extraprocessuali); senza dire, su altro fronte, che le "misure-Orlando" per la decarcerizzazione si presentano come modello di "privatizzazione" della giurisdizione, chiamata ad esprimere compiti di "ratifica" dell'accordo altrove compiuto, ora con la messa alla prova, ora con la tenue offensività, ora con la contrattazione della querela, ora con le forme risarcitorie; tutti strumenti che hanno abbandonato il senso del processo e della giurisdizione, manifestando il pregiudizievole rifiuto per l'accertamento, cioè per il compito istituzionale che la Costituzione affida alla giurisdizione,

È un nuovo modo di interpretare l'efficienza del processo, lontano - molto lontano - dal "garantismo efficientista" della "Bozza-Riccio" e degli strumenti che essa ipotizzava per realizzare quella filosofia unitaria dei valori del processo.

È questa la somma delle ragioni per cui mi sento di avanzare la pretesa che sia la dottrina ad individuare sistema e razionalità costituzionale, dal momento che ontologia e dogmatica descritte come risultato delle ultime leggi negano valore al progetto di sanare il processo ed i suoi tempi, i cui esiti travalicano tradizioni e categorie giuridiche liberali e democratiche, soprattutto i principi del *Preambolo penalistico della Costituzione.*

4. - I tempi della prescrizione e la ragionevole durata del processo: una farsa non solo legislativa.

La legislazione successiva non sfugge al giudizio negativo, ancora più grave, dal momento che i 31 punti presentati dall'attuale Ministro hanno avuto *il preventivo avallo della Magistratura*, che nel documento del 18 novembre

2018 al primo punto “raccomanda” di sospendere la prescrizione all’esito del primo grado di giudizio (cfr. Legge n. 3 del 2019).

La situazione è imbarazzante per chi la deve commentare, mai essendosi potuto prevedere una regola così assurda, estranea ad ogni ragionamento giuridico.

Ora è noto: la prescrizione è scritta negli artt. 157 ss. del codice penale quale causa di estinzione del reato, categoria su cui la dottrina penalistica resiste sul falso presupposto che in tal modo si garantisca il tempo del processo; e l’equivoco è diffuso anche nei progetti di legge che si sono succeduti dal 2013.

Dunque bisogna ammettere che questa volta le contraddizioni sono ascrivibili ad impuntature dogmatiche ed alla prevalente dottrina penalistica, più che a convinte scelte del legislatore, se si ricorda, ad esempio, che nella Proposta n. 1235, presentata alla Camera nientemeno che nel 2008, si prevedeva - letteralmente - che “tale istituto esprime un limite temporale che lo stato si dà preventivamente e legislativamente *in ordine all’esercizio della sua pretesa punitiva contro l’incolpato di un reato*” (sic!), introducendo l’idea della sostanza processuale della prescrizione, poi negata dalla previsione della prescrizione come causa di estinzione del reato. L’idea è confermata dallo stesso testo, là dove - in modo improvido, in verità - il proponente coniuga la prescrizione con “il principio della durata ragionevole del processo”, quasi a creare un rapporto di strumentalità tra il principio “consacrato” (sic!) nell’art. 111 della Costituzione, linea-guida nella duplice direzione di razionalizzare la sequenza procedurale “*eliminando attività o garanzie superflue*” (sic!) e di evitare “*comportamenti delle parti strumentali al prolungamento del processo al di là della sua ragionevole durata*” (sic!) (i corsivi, ovviamente sono nostri). Dunque, per questi illustri proponenti v’è conflitto tra garanzie e ragionevole durata del processo.

Ed allora? Allora a questo punto val la pena di evidenziare problematicamente e provocatoriamente le contraddizioni semantiche ed ontologiche del preteso rapporto e, soprattutto, ricostruire storicamente la vicenda di cui trattiamo.

Sul primo punto è evidente che l’esercizio della pretesa punitiva dello Stato si qualifica sul piano ontologico e razionale in termini di tempo per l’oblio del fatto all’interno della comunità sociale, oltre che per realizzare la presunzione di innocenza; ed in questi termini si prescrive *la rinuncia a far valere la pretesa punitiva dello Stato*: tempo e pretesa sono in rapporto funzionale con i tempi della giurisdizione; il tempo, cioè, è un elemento essenziale del pro-

cesso.

Sul secondo punto, la Storia si allinea col dato ontologico e dogmatico ora enunciato.

Si ricorda. Al tempo dell' Unità d'Italia, a dispetto della letteratura, il titolo IX, ultimo titolo della prima parte del codice Zanardelli del 1889 - pure esso di impronta liberale - qualificava la situazione come “*Estinzione dell' azione penale e delle condanne penali*”, titolo in cui si comprendevano “Il diritto dello Stato di perseguire in giudizio la repressione dei delinquenti “ e “Le condanne penali, ossia il diritto di farle eseguire”; tutto ciò in linea con una *perenne collocazione istituzionale della prescrizione all' interno del processo, lì dove naturalisticamente il tempo ha valore*: più processuale di così.....

Come ciò sia mutato è chiaramente rappresentato nella *Relazione Appiani* del 1929, premessa del codice del 1931, che, appunto, includeva la prescrizione tra le cause di estinzione del reato.

La giustificazione è singolare e risponde all'autoritarismo con cui quel codice fu scritto.

La giustificazione si rintraccia nella convinzione secondo cui l' azione penale, quale potere di ricorso alla giurisdizione, non rappresentasse la pretesa punitiva dello Stato (= azione in senso astratto) per cui non poteva impersonare quella pretesa; dunque si collocava (il salto di qualità è contraddittorio) tra le cause di estinzione del reato, così confondendo effetto (peraltro poco corretto sul piano dogmatico) e causa, allo stesso modo della rimessione della querela che sfida chiunque a qualificare come categoria di natura sostanziale.

L' incomprensibile errore ha fatto storia sotto la spinta dell'indiscusso dominio della legge e della dogmatica della Scuola tecnico-giuridica: la dottrina penalistica resiste per tutelare l'istituto sotto il manto del comma 2 dell'art. 25 Cost. ribadendo l'ormai ottuso principio secondo cui *tempus regit actum, non factum*, che evoca vecchie teorie formalistiche.

Eppure, si insiste in termini di “estinzione del reato” per la forza garantista dell'art. 25.2 Cost., magari sottovalutando la nuova dimensione di tutela anche sovranazionale della Procedura penale; forse perché resiste la fallace idea che la Procedura penale sia servente al diritto penale, idea superata già nella migliore letteratura degli anni '50.

Sennonché, la nuova dogmatica penalistica ed i nuovi diritti procedurali suggeriscono che “l'azione penale deve ritenersi estinta propriamente quando, per una causa estrinseca alla punibilità del fatto delittuoso, non può esercitarsi, ovvero quando viene a cessare in forza di una ragione che non elimina il reato, che non fa mancare elementi del reato, ma per causa estranea alla sua

natura o al suo svolgimento: in modo più chiaro di così non può manifestarsi alcuna *intentio legis*: se non fosse così, il ventesimo secolo sarebbe trascorso invano.

Voglio rasserenare i critici penalisti, pur rivendicando la natura processuale della prescrizione, prendendo a prestito il dibattito che si svolse nella Commissione-Riccio e che diede il risultato riprodotto nell'art 1 della Bozza ad opera di Glauco Giostra, norma di mediazione tra differenti tesi.

In quella sede rappresentai i "tempi della prescrizione" come norma di garanzia - commessa a innocenza ed oblio - che, se si vuole, può essere riprodotta nel codice penale per chi ancora distingue factum ed actum, *ancora inconsapevole che la mutazione delle discipline processualistiche in materia di diritti sono facta, non acta*, a cui va riservato il trattamento, non dell'art 2 del codice penale, ma il trattamento del principio costituzionale del *favor statuitionis*, cioè l'applicazione della norma che tratta con maggior favore la situazione processuale in presenza di successione di leggi.

Detto ciò; e stabilito che la "*ragionevole durata del processo*" è situazione di organizzazione del processo che coinvolge i modi della giurisdizione a partire dalla organizzazione giudiziaria fino al sistema delle impugnazioni e che coinvolge i comportamenti dei protagonisti della vicenda; che, quindi, è situazione del tutto estranea alla prescrizione, la soluzione possibile che potrebbe porre fine a questa falsa dialettica giudiziaria; meglio: che potrebbe liberare la prescrizione dagli umori mutevoli della politica. Ma, per dare senso alle rispettive situazioni, la politica dovrebbe impegnarsi sul fronte della ragionevole durata del processo; dovrebbe ordinare, cioè, i tempi del processo intorno alla presunzione di non colpevolezza che attribuisce all'imputato il diritto al processo breve. Altra cosa la prescrizione; il cui trascorrere cessa al momento in cui si manifesta la pretesa punitiva dello stato.

Utopia? Forse. Realtà? Sicuramente.

Senonchè, per realizzare questa affezione intellettuale, culturale, istituzionale mancano le condizioni sociali - non solo politiche - capaci di dar vita ad un processo garantista.

È necessaria una nuova rivoluzione culturale; è indispensabile promuovere una nuova stagione di sensibilizzazione costituzionale del Paese.

Accademia, magistratura ed avvocatura dovrebbero riflettere, insieme; meglio: dovrebbero raccogliere la sfida, unite, oggi, come lo furono negli anni '60-'80.

Magari.

