

SPECIALE RIFORMA CARTABIA

OLIVIERO MAZZA

Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista

La riforma Cartabia del processo penale, di prossima attuazione, segna un profondo mutamento del paradigma culturale del processo penale, una svolta autoritaria di carattere marcatamente anticognitivo, compiuta in nome dell'efficienza punitiva e rieducativa

The trial that will be: from guaranteed cognitivism to efficient decisionism

The Cartabia's reform of the criminal procedure, which will soon be implemented, marks a change in the cultural paradigm, an authoritarian turning point of a markedly anti-cognitive nature, carried out in the name of punitive and re-educational efficiency

SOMMARIO: 1. Il mito dell'efficienza e una riforma al di fuori del perimetro della Costituzione. - 2. Il pubblico ministero protagonista della politica criminale e il localismo penale. - 3. I malati immaginari: udienza preliminare e appello. - 4. La fuga dalla cognizione: dall'immediatezza al "dar per visto". - 5. L'ideologia della riforma: delitto e perdono.

1. Il mito dell'efficienza e una riforma al di fuori del perimetro della Costituzione. Alla vigilia dell'approvazione dei decreti delegati, inizia a delinearsi con sempre maggiore nettezza la fisionomia complessiva della riforma del processo penale avviata dall'approvazione della legge delega n. 134 del 2021. L'ampio dibattito che si è sviluppato negli ultimi mesi, soprattutto dopo la chiusura dei lavori delle Commissioni ministeriali, ha fornito corpose anticipazioni anche su aspetti di dettaglio che verranno presto formalizzati. Ciò nondimeno, non sarebbe opportuno, né forse possibile, tracciare già ora un bilancio consuntivo dei lavori della riforma. Quello che invece sembra possibile e opportuno è cogliere le linee di fondo, il substrato ideologico di un percorso che, se venisse portato a compimento - ma negli ultimi giorni qualche dubbio al riguardo è più che legittimo in ragione della crisi di Governo - finirebbe per segnare una svolta davvero epocale nella riforma permanente del processo penale¹: il superamento del modello ispirato al cognitivismo ga-

¹ Il riferimento è agli ultimi trent'anni di riforme alluvionali della procedura penale che hanno sempre visto oscillare il pendolo legislativo fra i due opposti identificabili nella epistemologia garantista e in quella inquisitoria: al riguardo, sia consentito rinviare a MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, *passim*.

rantista del codice del 1989 in favore di un sistema di decisionismo processuale avente carattere anti cognitivo e potestativo in cui l'efficienza repressiva è il portato di un sostanzialismo etico.

Per la prima volta nella storia della legislazione processuale penale il disegno riformatore è dichiaratamente ispirato a un esasperato empirismo che fa prevalere l'obiettivo sui mezzi, la tecnica sulla scienza. Non si tratta, beninteso, della concretizzazione dell'idea scialojana della teoria utile², ma molto più banalmente di un approccio improntato a un taglio lineare della durata media dei processi penali predeterminato nella misura del 25% nell'arco di 5 anni³.

Ci troviamo di fronte a una vera e propria "legge di scopo" che, come recita la rubrica della delega, si pone l'obiettivo di assicurare «l'efficienza del processo penale» e «la celere definizione dei procedimenti giudiziari». È una situazione del tutto inedita in cui scompare il tradizionale approccio assiologico, tipico di una materia altamente politica come la procedura penale che, di fatto, riporta ai modelli valoriali del processo accusatorio-garantista o di quello inquisitorio-repressivo⁴, per lasciare spazio alla tensione verso il raggiungimento di un obiettivo di riduzione dei tempi processuali a prescindere dai mezzi impiegati, un fine superiore che giustifica i mezzi⁵. L'efficienza viene così elevata a valore in sé, tale da soppiantare le tradizionali matrici culturali dei sistemi processuali⁶.

Sul punto occorre fare chiarezza. L'efficienza è un concetto di relazione a va

² SCIALOJA, *Per un programma di studi del Circolo giuridico*, Roma, 1911, 5 ss.; ID., *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 441 ss. In proposito, v. anche CARNELUTTI, *Arte nel diritto. In memoria di Vittorio Scialoja*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 3 ss.

³ Come ricorda GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021, 1, «la parola chiave che, sin dal titolo dei disegni di legge, accomuna le due riforme Cartabia - quella penale e quella civile - è efficienza: efficienza del processo e, con essa, della giustizia. Le due riforme parallele sono espressione di una stagione politica e di una di pagina della storia della giustizia italiana caratterizzate, come mai prima, da riflessioni e interventi normativi sul tema della qualità e dell'organizzazione della giustizia, intesa come fattore fondamentale per la giustizia. Gli interventi riformatori sono infatti mossi dall'esigenza di raggiungere precisi, concreti e ineludibili obiettivi del P.N.R.R., concordati dal Governo con la Commissione Europea: la riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni, pari, nei tre gradi di giudizio, al 25% nel settore penale».

⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 5 ss.

⁵ In dottrina, fra i più fervidi propugnatori del modello processuale efficientista, v. CANZIO - FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021, 127 ss.; GIALUZ - DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano fra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 11 ss.

È quasi superfluo ricordare come, all'opposto, secondo CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220, «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato».

⁶ Rispetto alle quali, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 17 ss. e 68 ss.

rapportato all'obiettivo che si vuole raggiungere. Qualcosa può dirsi efficiente solo se si chiarisce qual è lo scopo da raggiungere. Considerato che il processo penale ha un'unica finalità, che è quella cognitiva da conseguire attraverso il rispetto delle garanzie che la Costituzione pone a tutela dell'imputato, la sola efficienza legittimamente ammissibile in ambito processuale penale è quella, appunto, conoscitiva che si deve raggiungere attraverso il passaggio obbligato delle garanzie del giusto processo regolato dalla legge.

Il processo non può avere altre finalità sulle quali misurare la sua efficacia. Tutto deve essere strumentale al raggiungimento dello scopo conoscitivo assicurato solo dal rispetto delle garanzie costituzionali che sono anche garanzie di natura epistemica, non essendo ammissibile l'efficienza del far presto purchessia, sganciata dal risultato conoscitivo e dalle regole del giusto processo.

Posta questa indefettibile premessa, l'efficienza elevata a fine ultimo della riforma appare poco comprensibile se non addirittura pericolosa, in quanto invocata strumentalmente per il superamento delle garanzie del giusto processo.

Alcuni entusiasti sostenitori della riforma non fanno mistero di ritenere, ad esempio, sintomo di inefficienza del processo il numero troppo elevato di assoluzioni⁷. Questo modo di pensare svela la finalità recondita che si vuole raggiungere ossia quella di ridurre le garanzie processuali considerate alla stregua di un ostacolo che separa l'imputazione dalla condanna⁸. Occorre allora ribadire con forza che l'assoluzione non è il sintomo dell'inefficienza del

⁷ Così si esprimono GIALUZ - DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano fra crisi cronica e riforma Cartabia*, cit., 142, per i quali «è indubbio che anche la sussistenza di un tasso di assoluzioni oltremodo elevato costituisce un chiaro sintomo di inefficienza».

Per una recente e completa analisi dei dati statistici in tema di assoluzioni e per un più corretto approccio, v. VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, in *questa Rivista*, n. 3, 2021, 19, secondo cui «percentuali siffatte di smentita del lavoro inquirente costituiscono una rassicurazione sulle qualità d'indipendenza della magistratura giudicante; ma possiamo anche rovesciarlo per domandarci, in via meramente speculativa, su quanto sarebbero (ancor più) alte quelle percentuali se l'indipendenza di carriera del giudice fosse realmente garantita rispetto alla predominanza dei pubblici ministeri in seno al CSM e alle sue intatte correnti, ripercorrendo il famoso interrogativo posto in seno alla Costituente sui rischi di attentato all'indipendenza della magistratura possibili da parte del suo stesso organo di autogoverno».

⁸ E' sempre di estrema attualità l'erronea idea manziniana del processo come strumento per punire i colpevoli: «poiché, dato il carattere d'organo statale del pubblico ministero e l'assenza d'ogni interesse personale nell'esercizio della sua funzione, è logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare ..., ne deriva che il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare la pretesa punitiva dello Stato» (MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da Conso - Pisapia, I, a cura di Pisapia, Torino, 1967, 224).

processo, ma semmai delle indagini e dell'azione, è il fallimento dell'accusa⁹, non certo della cognizione che, anzi, così dimostra la sua piena capacità di discernere e di confutare la fondatezza dell'imputazione, raggiungendo proprio quell'obiettivo di una cognizione garantita e garantista imposto dalla Costituzione.

Senza dimenticare che le garanzie del giusto processo non costituiscono solo lo scudo che protegge l'accusato dalla pretesa punitiva dell'autorità procedente in quella terribile situazione asimmetrica che vede l'individuo opposto allo Stato, ma rappresentano fondamentali e inderogabili garanzie epistemiche, sono gli strumenti che abbiamo a disposizione per raggiungere la migliore conoscenza possibile, si pensi al contraddittorio poietico nella formazione della prova o alla regola dell'immediatezza, con la conseguenza che ogni loro limitazione non incide solo sui diritti fondamentali dell'imputato, ma anche sulla qualità del risultato conoscitivo direttamente determinato dalle forme e dalle regole processuali. Non si può obliterare la funzione epistemica delle garanzie processuali che sono garanzie di libertà, ma anche garanzie di verità¹⁰.

Dunque, la rottura con la tradizione non sarebbe un problema se non fosse che il programma genetico esposto con la legge-delega appare seriamente eccipibile sul piano costituzionale, a partire dalla considerazione che una legge non può imporre il taglio dei tempi del processo senza porsi la questione delle condizioni in cui tale riduzione può ritenersi ammissibile, che sono poi quelle ben delineate dalla stessa Corte costituzionale con la famosa sentenza n. 317 del 2009: «un processo non giusto perché carente sotto il profilo delle garanzie non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata». Anche l'efficienza, declinata sul paradigma del mero contenimento dei tempi processuali, non può postulare una riduzione a qualunque costo, ma deve iscriversi nell'alveo del giusto processo di durata ragionevole imposto dall'art. 111 Cost. quale diritto fondamentale e inviolabile di ogni imputato.

Ciò significa essenzialmente due cose: anzitutto, che la riduzione dei tempi processuali costituzionalmente orientata non è la loro mera abbreviazione percentuale (il famoso 25% in 5 anni), ma la rimodulazione sul paradigma della durata ragionevole ossia su una lunghezza del processo che assicuri appieno tutte le garanzie processuali nel minor tempo possibile, soprattutto quelle imposte dalla tutela dei diritti fondamentali dell'imputato; in secondo

⁹ Ricorda opportunamente VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, cit., 21, che i numeri delle assoluzioni «attestano il fallimento dell'operato delle Procure».

¹⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 19.

luogo, che la durata ragionevole non può essere predeterminata, nemmeno sotto forma di durata media, non può essere oggetto di una riduzione di tipo lineare, dovendo tener conto delle peculiarità di ogni singolo processo ed essendo, quindi, insuscettibile di una riduzione generalizzata. In altri termini, il processo breve o abbreviato non è un valore in sé e, soprattutto, non corrisponde alla definizione costituzionale di ragionevole durata del processo, potendo essere necessario anche un processo che si prolunghi oltre il *golden timing* ministeriale quando ciò sia giustificato dalle esigenze del caso singolo¹¹. A ciò si deve aggiungere che per incidere su un fenomeno complesso, come l'eccessiva durata dei processi, occorre prima conoscerlo a fondo. In questo disegno riformatore manca del tutto un'adeguata istruttoria in ordine alle cause del supposto dissesto cronologico del processo penale. La riforma prende le mosse sostanzialmente da una pregiudiziale ideologica secondo cui la durata media dei processi penali non è in linea con gli standard europei, senza però indagare né le cause, né le peculiarità del nostro sistema¹². I fattori che determinano la dilatazione dei tempi processuali non vengono esattamente individuati sulla base di studi empirici e statistici, mentre gli stessi dati numerici utilizzati dal Governo appaiono più percepiti che reali, come dimostrano i due rapporti Eurispes commissionati dall'Unione delle Camere penali italiane¹³.

A ciò si accompagna l'errore metodologico di comparare su base europea i dati della durata media dei processi senza tener conto della diversità "ontologica" dei sistemi processuali continentali. Ad esempio, la durata del nostro giudizio d'appello, disciplinato sul modello di un completo riesame nel merito e connotato dall'effetto devolutivo, non può essere rapportata con quella che si registra in altri ordinamenti stranieri in cui il secondo grado di giudizio è introdotto da una impugnazione di carattere eccezionale, fondata su motivi circoscritti, da proporre in tempi strettissimi¹⁴. Lo stesso dicasi per il nostro

¹¹ V. quanto già sostenuto in MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 197-198.

¹² Inutile ripetere in questa sede che la *vulgata lectio*, secondo cui la riduzione dei tempi medi dei processi penali sarebbe una condizione imposta dall'Europa per l'erogazione dei fondi straordinari del NextGenerationEU, non corrisponde al vero. Il Governo italiano, con scelta del tutto autonoma, ha deciso di impegnarsi su questo fronte, senza che nel piano europeo fosse richiesto tale sforzo.

¹³ *Rapporto sul processo penale*, Roma, 2008; *2° Rapporto sul processo penale*, Roma, 2021.

Sulla necessità di impostare le riforme processuali penali in base a dati statistici attendibili e raccolti con metodo scientifico, v., per tutti, GAITO, *Statistiche giudiziarie e cultura processuale penale*, in *Il monitoraggio del processo penale. Potenzialità e limiti delle analisi statistiche*, Bologna, 1995, 13 ss., nonché, più di recente, VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, cit., *passim*.

¹⁴ Per comprendere le profonde diversità che si registrano in materia di impugnazioni negli stati europei, si veda la risalente, ma sempre attuale, ricerca esposta in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chia-

giudizio in cassazione che rappresenta un *unicum* in ambito europeo, fondandosi su un'impugnazione ordinaria di portata generale, ammessa contro ogni sentenza o provvedimento limitativo della libertà personale (art. 111 ultimo comma Cost.).

La comparazione cronologica può avere un preciso significato solo se si prendono in considerazione situazioni processuali omogenee e, quindi, comparabili.

Si torna così al vizio di impostazione già denunciato, ossia che la durata ragionevole non è un valore assoluto, ma un concetto relativo da rapportare allo sviluppo concreto del singolo processo inscritto nel quadro normativo di riferimento.

Basterebbero queste considerazioni per minare alla base la debole matrice ideologico-culturale della riforma. Non essendo possibile individuare un *benchmark* temporale comune a tutti i sistemi processuali europei, fra loro profondamente disomogenei, non sarebbe ammissibile una riduzione lineare dei tempi dei nostri processi in funzione dell'adeguamento a presunti standard continentali.

A ciò bisogna aggiungere che, come insegna la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la violazione del diritto individuale alla durata ragionevole del processo va ravvisata non nello sviluppo fisiologico delle attività processuali, ma nei tempi patologici ascrivibili all'inerzia ingiustificata delle autorità procedenti. Di conseguenza, un serio progetto di riforma dovrebbe occuparsi prevalentemente, per non dire esclusivamente, di questioni organizzative del lavoro giudiziario, a partire dalle risorse umane ed economiche disponibili che sono evidentemente sottodimensionate rispetto al carico pendente. La riforma, al contrario, mira ad incidere sulla disciplina normativa prima di aver affrontato e risolto le questioni organizzative che, va ribadito, sono alla base dei tempi morti che integrano la violazione del principio sancito dall'art. 6 § 1 CEDU. Non può certamente ritenersi un'adeguata misura strutturale il reclutamento di personale avventizio e non qualificato avvenuto tramite l'ideazione dell'ufficio del processo che, oltre tutto, presenta non secondari problemi di tenuta costituzionale, non essendo in alcun modo delegabile la funzione giurisdizionale che, anche nelle attività pseudo-preparatorie (vedasi le bozze di sentenza), non può essere svolta da soggetti diversi dai magistrati ordinari.

Considerare la riforma permanente del codice di rito quale unico rimedio per

vario, Padova, 1998.

affrontare il supposto deficit di efficienza che, come detto, dipende prevalentemente da questioni organizzative e dalla mancanza di un adeguato reclutamento di magistrati e di personale amministrativo, è un vizio endemico del nostro Paese dove, da sempre, il problema viene affrontato in un'ottica strettamente normativa.

Per comprendere la distorsione di tale approccio è sufficiente por mente al fatto che il giudizio d'appello, additato quale causa principale della deriva cronologica del processo penale, avrebbe, secondo i dati ministeriali, una durata media di circa 800 giorni, ma il tempo effettivamente dedicato alle attività disciplinate dalla legge, ossia all'udienza e alla decisione, è normalmente circoscritto a una sola giornata di lavoro (*rectius*, un'udienza di pochi minuti), mentre gli altri 799 giorni trascorrono in attesa che l'attività giurisdizionale possa compiersi. Si confonde la durata del grado di giudizio con il giudizio e si finisce per riformare la disciplina di quest'ultimo, senza incidere su problemi organizzativi che si collocano a monte.

Peraltro, la fase in cui si registra statisticamente la maggior dilatazione delle attività processuali, a causa di ingiustificabili stasi, è quella delle indagini preliminari rispetto alla quale si schiude un'ulteriore prospettiva che non è solo quella di riformare gli istituti o di adeguare le risorse, ma di garantire in modo serio e credibile il diritto costituzionale dell'indagato a non essere esposto senza limiti temporali all'*inquisitio generalis*¹⁵. Imporre termini più stringenti o ampliare i controlli giurisdizionali attraverso le famose "finestre" è la linea seguita dalla riforma che appare già oggi del tutto inadeguata. L'unico modo per garantire il diritto dell'individuo a un accertamento preliminare di durata ragionevole, a cui dovrebbe corrispondere un preciso dovere per l'autorità procedente, è quello di prevedere una sanzione seria e forte in caso di inosservanza e questa sanzione non può che essere rappresentata dall'improcedibilità *ex art. 344-bis c.p.p.* che avrebbe un suo preciso significato proprio nella fase delle indagini preliminari¹⁶. Sarebbe una sanzione forte di grandissimo impatto pedagogico, tale da determinare un immediato adeguamento virtuoso delle prassi giudiziarie. Il diritto alla ragionevole durata del

¹⁵ Sulla sostanziale assenza di regole nella fase delle indagini preliminari, a partire dalla gestione delle iscrizioni delle notizie di reato, con conseguente potere incontrollabile del pubblico ministero, v. quanto incisivamente denunciato da GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di A. Gaito, Padova, 1995, 54 ss.

¹⁶ In tal senso, v. TAVASSI, *Improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari*, in *questa Rivista*, 2021, 8 ss.

giusto processo va preso sul serio¹⁷ e va tutelato con una altrettanto seria reazione dell'ordinamento nel caso di sua inosservanza che non può essere l'illusoria rilevanza disciplinare dei ritardi, così come è illusorio continuare a pensare che il pubblico ministero possa temere i controlli di un giudice per le indagini preliminari "senza braccia e senza occhi"¹⁸ che si affaccerà alle finestre giurisdizionali con lo stesso spirito con il quale accoglie nel 90% dei casi le richieste di misure cautelari¹⁹.

2. Il pubblico ministero protagonista della politica criminale e il localismo penale. Oltre ai problemi organizzativi, da sempre poco studiati nel nostro Paese, e a quelli più strettamente connessi all'endemica assenza di adeguate risorse umane ed economiche (la benzina necessaria per far funzionare la macchina giudiziaria), le cause più evidenti dello smottamento del sistema processuale verso una dimensione temporale ritenuta abnorme vanno individuate sul versante penale sostanziale, in particolare nella più volte denunciata ipertrofia del diritto penale sostanziale²⁰ e nella ultratrentennale mancanza di quella fondamentale valvola di sfogo costituita dall'ammistia.

Su tutti questi fattori la riforma direttamente (e sorprendentemente) non incide o lo fa solo marginalmente, mentre si registra una scelta ben precisa in favore della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale che rappresenta una sorta di pensiero laterale nel *problem solving* o, se si preferisce, una forma a suo modo ingegnosa, ancorché criticabile, di aggirare il problema politico della depenalizzazione e dell'ammistia da sempre osteggiate proprio da quelle forze populiste e demagogiche che compongono l'attuale maggioranza di Governo.

Discrezionalità nell'azione, estensione dell'area della procedibilità a querela, rimodulazione del sistema sanzionatorio sono espedienti per non affrontare il cuore politico del problema rappresentato dal gigantismo penale e dalla progressiva scomparsa di tutte le cause estintive del reato (ad eccezione della morte del reo).

Al tema della discrezionalità dell'azione è stata posta una sordina preventiva,

¹⁷ Secondo l'ammonimento di DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982, 265 ss.

¹⁸ Così efficacemente definito da NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 2006, 31-32.

¹⁹ Il dato è fornito da una indagine empirica svolta dall'Osservatorio dati dell'Unione delle Camere penali italiane: v. JACOBazzi, *Il pm dispone, il gip "esegue": uno studio dice che è lo standard*, in *Il Dubbio*, 28 maggio 2022.

²⁰ PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 186 ss.

come testimonia la pressoché totale assenza di dibattito che stride con la natura a dir poco dirompente di una scelta legislativa da cui discende uno strappo tanto evidente quanto sottovalutato alla legalità costituzionale²¹, purtroppo, come vedremo, non l'unico rinvenibile nella riforma.

L'art. 112 Cost. non ammette che sia la legge ordinaria a stabilire i casi in cui il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, l'obbligatorietà non si accompagna a una riserva di legge e non è derogabile dal Parlamento, se non attraverso la scelta a monte di escludere in via generale la rilevanza penale di certe condotte. L'obbligatorietà è la garanzia del principio di uguaglianza, della legalità penale e della indipendenza del pubblico ministero, non si tratta di una semplice misura organizzativa del lavoro giudiziario, ma di uno dei principi cardine della disciplina costituzionale dell'intero sistema penale.

Questa conclusione trova piena conferma nei lavori preparatori della Costituente quando in discussione vi era il progetto Calamandrei, il cui art. 8 recitava: «L'azione penale è pubblica, e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere e ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza»²². Nel testo definitivamente approvato è caduto ogni riferimento alla legge e l'obbligo per il pubblico ministero è diventato così di carattere assoluto.

A Costituzione invariata non vi è spazio per una discrezionalità guidata da scelte legislative o, peggio ancora, da determinazioni di carattere amministrativo assunte in sede locale da ogni singolo procuratore della Repubblica. Che poi in concreto da tempo il sistema conosca la crisi di effettività del principio di obbligatorietà, accompagnata da forme di discrezionalità latente nell'esercizio dell'azione penale o, peggio ancora, di opportunità mascherata, non è un buon argomento per sostenere la legittimità costituzionale della scelta operata dall'art. 2 comma 9 lett. *i* l. n. 134 del 2021. Per introdurre l'elemento di flessibilità rappresentato dai criteri di priorità non si può eludere la riforma costituzionale dell'art. 112 Cost.²³.

²¹ Tra i primi commentatori, v. ROSSI, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, n. 2, 2021, 27 ss.

²² Sui lavori preparatori, v. DOMINIONI, *Azione obbligatoria penale e efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 871-872, il quale, tuttavia, giunge alla conclusione diametralmente opposta di legittimare deroghe al principio disposte dalla legge ordinaria.

²³ In tal senso, v., infatti, la Proposta di legge di legge costituzionale atto 2710 della Camera presentata l'8 ottobre 2020, dal titolo «Modifica dell'articolo 112 della Costituzione, concernente l'esercizio dell'azione penale», con cui si vorrebbe così modificare il testo costituzionale: «Art. 112. - Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale attenendosi ai criteri e alle priorità stabiliti dalla legge secondo le disposizioni del presente articolo».

Dietro allo schermo di un linguaggio particolarmente prudente, che evita ogni riferimento esplicito all'azione, limitandosi ad ammettere solo una trattazione prioritaria delle notizie di reato, non è difficile scorgere una precisa indicazione in favore di una discrezionalità guidata dell'azione che sarà il portato inevitabile dell'efficacia sinergica della precedenza accordata a certe indagini e della prescrizione maturata già nella fase preliminare. Incidentalmente, sia consentito notare che la tanto vituperata prescrizione del reato viene qui recuperata e valorizzata quale strumento deflativo e di politica criminale.

La discrezionalità nell'azione, sia pure disciplinata dalle indicazioni della legge quadro e dalle scelte dei singoli procuratori, porta con sé altre tensioni con il sistema costituzionale della giustizia penale.

Anzitutto, introduce una disuguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale incompatibile con il principio fondamentale sancito dall'art. 3 Cost. Chi viola i precetti penali deve andare incontro alla medesima reazione da parte dello Stato, non essendo ammissibile un trattamento differenziato per condotte uguali ossia integranti fattispecie di reato. Entra in crisi il concetto stesso di reato inteso come condotta antisociale e deviante che viene stigmatizzata dalla società e che richiede una pronta risposta sanzionatoria. Non si può distinguere all'interno delle fattispecie di reato, in funzione di scelte politiche di opportunità, quali meritino in concreto la reazione dell'ordinamento e quali, invece, possano essere tollerate. Tutti i reati, in quanto tali, hanno pari disvalore e meritano pari risposta in termini di accertamento e punizione. Introdurre la possibilità che alcuni reati siano tollerabili e non perseguibili mette in crisi l'idea stessa di reato e con sé quella dell'ordinamento democratico. A ciò si aggiunga un ulteriore criterio di irragionevole discriminazione rappresentato dalle scelte compiute in sede locale dai singoli procuratori della Repubblica, sia pure nella cornice della legge quadro. Discriminazione in termini territoriali che vedrà punite o meno le medesime condotte criminose a seconda del circondario in cui saranno tenute. Siamo disponibili ad accettare il localismo penale, il *forum shopping* da parte di una criminalità razionale che sappia muoversi opportunamente sul territorio nazionale? Tutto ciò è compatibile con il principio di uguaglianza la cui proiezione processuale, non a caso, è data proprio dall'art. 112 Cost.? Quesiti retorici che mettono a nudo la palese incostituzionalità di una scelta dettata dall'incapacità politica di porre seriamente mano alla depenalizzazione e all'amnistia.

Il parallelo con la particolarità tenuità del fatto, che peraltro verrà a sua volta

ulteriormente potenziata, non regge: in quel caso la scelta di abbandonare la pretesa punitiva è, o dovrebbe essere, giustificata dalle peculiarità del caso singolo, nella discrezionalità dell'azione, invece, si ragiona per categorie generali ed astratte di reato, rispetto alle quali la discriminazione appare sempre irragionevole, trattandosi, appunto di reati le cui condotte sono già state selezionate a monte dal legislatore attraverso la scelta della incriminazione.

3. *I malati immaginari: udienza preliminare e appello.* Gli snodi procedurali che, sulla base di una mera percezione priva di solide basi statistiche, vengono ritenuti dai *conditores* forieri di ritardi e inefficienze sono le indagini preliminari, l'udienza preliminare e l'appello.

Sulla sostanziale inutilità del rimedio delle finestre di giurisdizione in fase di indagini si è già detto. Molto più efficace sarà la selezione delle notizie di reato che darà al procuratore della Repubblica un potere di politica criminale sganciato, però, dalla relativa responsabilità che dovrà necessariamente essere, a sua volta, di natura "politica".

L'inevitabile dibattito pubblico sui «criteri di priorità trasparenti e predeterminati» (art. 2 comma 9 lett. *1* l. n. 134 del 2021) chiamerà a rispondere delle scelte operate direttamente il procuratore della Repubblica che così finirà per trasformarsi in un soggetto politico a tutti gli effetti. Questo nuovo *status* del pubblico ministero, non più indipendente, ma responsabile politicamente, appare incompatibile con la sua appartenenza all'unico ordine giudiziario ed è l'argomento tanto decisivo quanto inaspettato per patrocinarne la netta separazione ordinamentale dal giudice. Sarebbe ipocrita ritenere che la selezione politica dei reati da perseguire sia conciliabile con il ruolo di mero applicatore della legge, così come è dissimulatorio distinguere fra trattazione prioritaria delle notizie di reato e vera e propria discrezionalità nell'esercizio dell'azione.

Chi è chiamato a compiere scelte politiche, peraltro di estrema rilevanza come la selezione dei reati da perseguire, deve assumersi la relativa responsabilità e non può più sottrarsi al giudizio dell'opinione pubblica, trincerandosi dietro il ruolo formale di magistrato appartenente all'unico ordine giudiziario. Del resto, negli ordinamenti democratici dove il pubblico accusatore ha un potere analogo, l'accesso al ruolo avviene per elezione popolare, rimarcando le connotazioni squisitamente politiche dell'organo d'accusa e lo stretto collegamento con la comunità locale degli elettori. Il pubblico ministero finisce così per «perseguire obiettivi repressivi a più alto "indice di gradimento" pres-

so l'elettorato e che meglio s'attagliano alle aspirazioni della collettività»²⁴. Tornando alla farraginosità delle indagini preliminari, è un dato d'esperienza comune che la prassi abbia da tempo invertito le funzioni e i ruoli attribuiti dal codice: è la polizia giudiziaria il vero motore dell'attività investigativa, mentre il pubblico ministero appare sempre più spesso il recettore passivo (e quasi sempre acritico) dei risultati che gli vengono trasmessi dagli operanti. L'inversione dei ruoli induce a riflettere sull'opportunità di fare emergere più chiaramente il fenomeno e la reale responsabilità delle attività investigative, ciò al fine di rafforzare i controlli giurisdizionali. Pur senza poter approfondire il tema in questa sede, appare evidente come la riforma abbia perso l'occasione per ridefinire il ruolo del pubblico ministero che già, di fatto, ha rinunciato alla funzione inquirente, per limitarsi a quella requirente. Stando così le cose, sarebbe meglio formalizzare la nuova funzione del pubblico ministero e attribuire la responsabilità delle indagini a chi già oggi compie le investigazioni, in modo tale da segnare una marcata differenza fra i risultati di attività poliziesche e i controlli giurisdizionali sulle stesse. Se il problema da tempo denunciato è l'appiattimento del giudice per le indagini preliminari sulle richieste del pubblico ministero, far emergere la realtà, ossia che tali richieste sono il portato di attività governate dalla polizia giudiziaria, potrebbe segnare una netta cesura fra controllati e controllore, dando alle finestre giurisdizionali l'orizzonte realistico di una indagine partigiana condotta da soggetti non imparziali. Bisogna superare l'apparenza del pubblico ministero *dominus* delle indagini, parte imparziale, organo di giustizia che di fatto si sovrappone alla figura del giudice per le indagini preliminari. I rapporti di forza nella fase più delicata di tutto il processo devono essere chiari: la polizia giudiziaria, organo inquirente, il pubblico ministero, organo requirente, il giudice, organo decidente, solo così ne usciranno realmente rafforzati i diritti costituzionali dei cittadini sottoposti ad indagine.

L'udienza preliminare è un degente di lungo corso sul quale si registra l'ennesimo accanimento terapeutico costituito dalla somministrazione di una rinnovata regola di giudizio²⁵.

A parte gli aspetti tecnici di una formula anodina - la ragionevole previsione di condanna - che non si comprende se vada ascritta ai giudizi prognostici o a quelli storici, dato che la locuzione continua a fare riferimento a una previ-

²⁴ *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di Gambini Musso, Torino, 1994, 27.

²⁵ Sul tema, v., di recente, BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1149; DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *www.sistemapenale.it*, 27 gennaio 2020.

sione, sia pure di condanna, il problema di fondo è la natura di questo giudizio.

L'udienza preliminare nasce come filtro sulla procedibilità dell'azione e la condizione di procedibilità era individuata nella sostenibilità dell'accusa in giudizio²⁶. Una geniale intuizione del legislatore forse poco compresa e subito distorta in un succedano del giudizio di merito, un pre-giudizio in sedicesimo che sconta l'impossibile equazione fra indagini e dibattimento, fra elementi acquisiti unilateralmente e prove formate nel contraddittorio.

Per risolvere il problema di un'udienza filtro che non seleziona adeguatamente le accuse occorre tornare al disegno originario e stabilire, senza esitazioni o fraintendimenti, che la sentenza di non luogo a procedere riguarda la procedibilità (*rectius*, la perseguibilità) dell'azione. Come ogni decisione sulla procedibilità, anche la sentenza del giudice dell'udienza preliminare non necessita di un'approfondita motivazione "di merito", essendo sufficiente un'argomentazione stringata, quasi tautologica, sulla ricorrenza o meno della condizione di procedibilità costituita dall'acquisizione in fase di indagini di elementi sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio.

L'equilibrio fra le alternative decisorie, decreto che dispone il giudizio non motivato e sentenza di non luogo a procedere con motivazione sintetica in rito, sarà la vera chiave di volta per risolvere l'annoso problema dell'"udienza filtro che non filtra". Il giudizio dibattimentale deve essere riservato solo ai casi solidi, quelli per i quali si può ritenere integrata la condizione di procedibilità delle indagini che abbiano già dimostrato la sostenibilità dell'accusa in giudizio, senza alcuna prognosi sui possibili sviluppi dibattimentali. Ma occorre che il giudice dell'udienza preliminare sia chiamato a una alternativa decisionale equivalente in termini di impegno argomentativo e motivazionale.

La strada percorsa dalla riforma, pur apprezzabile per l'obiettivo di una ragionevole selezione dei processi meritevoli di sviluppo dibattimentale, appare, ancora una volta, ispirata all'opposta logica di un pre-giudizio di merito, con conseguenti oneri di motivazione che sono da sempre il maggior ostacolo al suo funzionamento. Se, invece, dovesse, per puro caso, incontrare il favore dei giudici, l'effetto collaterale della terapia sarebbe gravissimo: la diagnosi di colpevolezza allo stato degli atti di indagine si accompagna a un dibattimento sempre più permeabile proprio a quei risultati investigativi che hanno convin-

²⁶ Parla giustamente di decisioni sul processo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 969, specificando che la sentenza di non luogo a procedere, emessa ai sensi dell'art. 425 c.p.p., «non decide sul reato: anche se contiene formule quali 'il fatto non sussiste', 'l'imputato non lo ha commesso' e via seguitando, attiene al processo».

to il giudice dell'udienza preliminare della responsabilità dell'imputato, in quello che potremmo definire un giudizio abbreviato preliminare, con la conseguente e inevitabile sovrapposizione dei giudizi.

L'appello, infine, è una sorta di malato immaginario: i dati statistici lo inchioderebbero a una abnorme durata di circa 800 giorni, non conforme a presunti standard europei disegnati però su ben diversi giudizi di impugnazione, ma la patologia, come si è già detto, non risiede nella durata del giudizio inteso come attività processuale, bensì nel grado costituito dai tempi morti di attesa della celebrazione del giudizio.

Curare un malato che tale non è non costituisce mai un buon protocollo terapeutico. Se la diagnosi infausta è sbagliata, la medicina rischia di essere letale. Si somministra una massiccia dose di cartolarità, si esclude l'oralità e la pubblicità, tutto ciò per curare una malattia che prescinde dal momento del giudizio sul quale la riforma incide. L'esito della riforma potrebbe proprio essere la scomparsa dell'appello come lo abbiamo finora conosciuto.

Sorprende non poco che nei lavori preparatori non si sia mai presa in considerazione la vigenza del principio costituzionale di pubblicità del processo che si oppone al *restyling* cartolare. La pubblicità non è solo una garanzia individuale, come tale rinunciabile, ma trova un preciso fondamento costituzionale²⁷ quale garanzia "di sistema" rivolta al popolo sovrano in nome del quale la giustizia viene amministrata. Il processo segreto e scritto non è solo il paradigma del rito inquisitorio, ma è anche incompatibile con la nostra democrazia costituzionale.

È davvero inspiegabile come una svolta inquisitoria così marcata non incontri alcuna resistenza e trovi addirittura consenziente una larga parte della dottrina²⁸.

A onor del vero il tentativo sarà anche quello di rendere più stringente il filtro di ammissibilità sui motivi e, quindi, di limitare l'accesso al grado di giudizio.

Pure su questo versante, però, la riforma avrebbe dovuto tener conto dei vincoli costituzionali. La Carta fondamentale tace sul tema dell'appello, impugnazione che, almeno espressamente, non viene considerata, a differenza del ricorso per cassazione da sempre consacrato nell'art. 111 Cost. Ciò non significa che non vi siano buoni argomenti interpretativi per ricavare una base costituzionale al principio del doppio grado di giurisdizione di merito²⁹.

²⁷ Cfr., per tutti, VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze*, Milano, 1984, 115 ss.

²⁸ Con alcune eccezioni, come FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1158 ss.

²⁹ In proposito, si rinvia all'ampia trattazione di SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, *passim*.

Nel nostro Paese, l'appello rappresenta comunque un'ineliminabile garanzia di rilevanza costituzionale per tutti i condannati, in quanto prevista dal Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tale trattato internazionale, ratificato dall'Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881³⁰, ha assunto un preciso valore cogente alla luce del novellato art. 117 comma 1 Cost. La potestà legislativa, infatti, va esercitata dallo Stato nel rispetto non solo della Costituzione, ma anche dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Non può esservi dubbio che il Patto internazionale, al pari della Convenzione europea, sia un trattato internazionale multilaterale da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti. Questi obblighi sono stati specificati proprio dalla previsione dell'art. 117, comma 1, Cost. che impone al legislatore ordinario di uniformarsi alle norme internazionali che rappresentano così il parametro interposto nel giudizio di legittimità delle leggi³¹.

Dunque, nella gerarchia delle fonti il Patto internazionale si colloca in una posizione intermedia, subito al di sotto della Costituzione, ma al di sopra della legge ordinaria che deve rispettare le previsioni internazionali pena la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e, quindi, la sua illegittimità costituzionale. Così ricostruita l'influenza dell'*international human right law* sulla legislazione interna, la previsione rilevante in tema di appello, alla quale occorre fare riferimento, è l'art. 14, par. 5, Patto int. dir. civ. pol., secondo cui «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna [intesa come determinazione della pena] siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge».

Il riesame della condanna, imposto dall'art. 14, par. 5, Patto int. dir. civ. pol., non è altro che il doppio grado di giurisdizione di merito, il giudizio d'appello ispirato al principio devolutivo e, quindi, al «completo riesame della intera dichiarazione di colpevolezza e di condanna (per usare le stesse espressioni del Patto) senza specifiche limitazioni e non condizionato, al contrario del giudizio penale di Cassazione, dall'esistenza di motivi di impugnazione pre-determinati dalla legge»³².

Con la decisione assunta nel caso *Cesario Gomez Vasquez c. Spagna* del 20 luglio 2000, il Comitato dei diritti umani ha ritenuto che l'impossibilità di ottenere un completo riesame della condanna («*lack of any possibility of fully*

³⁰ *G.U.*, 7 dicembre 1977, n. 333.

³¹ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 5, 3475 ss., con nota di CARTABIA, *Diritti fondamentali, fonti, giudici*, GUZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, e SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*.

³² SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, cit., 166.

reviewing the author's conviction and sentence»), in presenza del solo ricorso per cassazione, comportasse la violazione dell'art. 14, par. 5, Patto int. civ. dir. pol. Secondo il Comitato, dunque, la previsione pattizia impone la generale appellabilità delle sentenze di condanna attraverso un'impugnazione di merito che consenta la revisione integrale del giudizio, sia per l'affermazione di responsabilità sia per la determinazione della pena, non essendo sufficiente un ricorso limitato agli aspetti formali o legali della decisione. La pronuncia del Comitato fornisce una chiara interpretazione autentica della previsione dell'art. 14, par. 5, Patto int. dir. civ. pol. che integra la norma interposta nel giudizio di conformità della legislazione interna all'art. 117, comma 1, Cost. Il modello del riesame di matrice internazionale è quello della *appellatio*, della nuova decisione sollecitata dal condannato per rimediare a possibili *iniquitas vel imperitia*. Vi è un solo rimedio secondo Ulpiano: ripetere l'atto decisorio³³. Nel gravame puro non è nemmeno richiesta l'esposizione dei motivi perché l'appello è completamente devolutivo e l'organo *ad quem* giudica *ex novo*, a prescindere dalle doglianze che non devono essere nemmeno espresse.

All'opposto di questo modello vi sono i rimedi rescindenti in cui l'impugnante allega vizi specifici della decisione rilevati i quali il giudice disporrà l'annullamento e una nuova decisione da parte di altro organo giudicante (giudizio rescissorio). È il modello della *querela nullitatis*, dell'azione di annullamento, del ricorso che, appunto, appartiene alla categoria delle azioni di annullamento.

Il sistema attuale fonde i due profili e l'appello assolve a entrambe le funzioni: il giudice di seconde cure giudica sul già deciso, riproposto dai motivi, con l'aggiunta di possibili decisioni assunte d'ufficio (art. 129, comma 1 e 597, comma 5, c.p.p.). Al tempo stesso, se la sentenza è invalida, l'annulla (art. 604 c.p.p.) e gli atti tornano al giudice *a quo*.

Alla doppia anima dell'appello dovrebbe corrispondere una diversa tipologia d'impugnazione: se si mira all'annullamento della sentenza, i vizi della decisione impugnata devono essere dedotti con motivi specifici; se, invece, si richiede un secondo giudizio, l'impugnazione si avvicina al gravame e i motivi sono puramente indicativi, posto che il giudice rimane libero di ridecidere a prescindere dall'accoglimento delle pur specifiche ragioni di censura mosse alla sentenza.

Ciò che conta nell'appello-riesame è l'indicazione dei capi e dei punti della

³³ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1115, al quale si rinvia anche per le ulteriori distinzioni fra i modelli di impugnazione.

sentenza di cui si chiede la riforma, mentre i motivi servono solo per spiegare perché il giudice dovrebbe accogliere la richiesta. L'effetto devolutivo trasferisce al giudice la cognizione su tutti i punti oggetto di impugnazione e su tutte le questioni implicate dal punto, a prescindere dal contenuto dei motivi.

Nella logica del gravame, sebbene impuro in quanto sorretto dai motivi, quando l'appellante aggredisce un punto, tutte le possibili questioni sono devolute al giudice che deve decidere nuovamente l'intero punto. E se il perimetro dell'impugnazione riguardasse tutti i capi e tutti i punti, l'effetto sarebbe totalmente devolutivo.

L'appello-gravame, motivato e parzialmente devolutivo, non è comunque assimilabile al ricorso: rimane un'impugnazione a critica libera, basta lamentare l'ingiustizia della decisione sul singolo punto per attribuire al giudice *ad quem* il potere-dovere di ridecidere il punto, a prescindere dalla fondatezza dei motivi che non sono vincolanti per la cognizione del giudice, proprio nell'ottica del secondo giudizio di merito.

La riforma Orlando (l. n. 103 del 2017), che ha esplicitamente indicato la specificità dei motivi quale condizione di ammissibilità dell'impugnazione, anche se letta in "combinato disposto" con il principio di diritto delle sezioni unite Galtelli³⁴ in tema di specificità estrinseca del motivo, ossia di capacità confutatoria del motivo rispetto alle ragioni della decisione impugnata, non riesce a mutare la natura del giudizio di secondo grado. Alla stessa conclusione si dovrà giungere anche dopo il compimento della riforma Cartabia che impone, oltre alla specificità dei motivi, anche la puntualità degli stessi.

La puntualità è un connotato che attiene alla forma del motivo, ma non al suo contenuto, riguarda la precisa indicazione della parte della sentenza che viene aggredita, ossia il punto all'interno del capo. Così inteso, il requisito della puntualità non incide sulla cognizione del giudice che rimane ancorata al punto. Anche dopo i decreti attuativi, l'appello continuerà ad attribuire al giudice la cognizione del punto impugnato (art. 597 comma 1 c.p.p.), mentre il ricorso attribuisce alla Cassazione la cognizione del motivo proposto (art. 609 comma 1 c.p.p.). Da ciò discende che il motivo d'appello non determina la cognizione del giudice, e per questa ragione non dovrebbe essere necessariamente connotato dalla specificità estrinseca o da una puntualità declinata

³⁴«L'appello, al pari del ricorso per cassazione, è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata, fermo restando che tale onere di specificità, a carico dell'impugnante, è direttamente proporzionale alla specificità con cui le predette ragioni sono state esposte nel provvedimento impugnato» (Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2017, Galtelli, in *Mass. Uff.*, n. 26882201).

sempre sul paradigma della critica alla motivazione della sentenza impugnata. Rimarrà una sorta di giudizio d'appello bifasico: la prima parte, sull'ammissibilità, riguardante solo la specificità (intrinseca ed estrinseca) o la puntualità del motivo; la seconda, una volta ritenuta ammissibile l'impugnazione, diretta ad attribuire al giudice la cognizione piena e libera del punto, a prescindere dalla critica esposta specificamente nel motivo.

Anzi, vi è di più: si pretende che il motivo sia incentrato sulla critica della decisione impugnata, secondo il paradigma della specificità estrinseca, mentre al giudice dell'appello si consente di decidere nuovamente senza tener conto della sentenza di primo grado che, una volta impugnata, nella logica del gravame, è già venuta meno e dovrà essere sostituita dalla nuova decisione di secondo grado. Peraltro, questa conclusione, dogmaticamente ineccepibile, dovrebbe portare a superare la prassi della decisione d'appello che richiama quella di primo grado. Il gravame toglie di mezzo la precedente decisione e attribuisce al giudice d'appello il compito di decidere *ex novo*.

Richiedere all'appello gravame la specificità o la puntualità dei motivi rapportati alla questione e alla motivazione della sentenza impugnata significa distorcere l'appello sul paradigma dell'azione di annullamento (ricorso, ossia impugnazione rescindente), quando dovrebbe invece rimanere una *iniquitatis sententiae querela*, ossia la denuncia dell'ingiustizia della decisione e la richiesta di un secondo giudizio (ossia impugnazione rescissoria, appello-gravame).

Le sezioni unite hanno lavorato ignorando la dogmatica processuale e puntando a determinare un'innaturale metamorfosi dell'appello che da mezzo di impugnazione ancipite assumerebbe le vesti formali del ricorso, anche per la denuncia dell'ingiustizia della decisione e non solo per quella della sua invalidità. Da qui una nuova teratologia processuale, il "ricorso in appello".

A ciò si aggiunga che la specificità estrinseca e la puntualità avrebbero un senso preciso e, soprattutto, controllabile solo se ci fosse un altrettanto preciso modello predeterminato dei motivi di impugnazione (ad esempio, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione), come nel caso del ricorso per cassazione vero e proprio. La specificità e la puntualità richiedono un paradigma legale che per l'appello non c'è, rimanendo gravame e non ricorso.

Il percorso di riforma avrebbe voluto raggiungere un obiettivo più ambizioso che viene da anni caldeggiato dagli stessi commissari ministeriali. L'idea, molto raffinata, è quella di spacchettare il ricorso per cassazione e di trasferire in capo alla Corte d'Appello il controllo sul vizio di motivazione oggi previsto dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., lasciando alla Suprema Corte solo gli altri vizi di pura legittimità. In tal modo si garantirebbe un consistente allegge-

rimento del carico di lavoro della Cassazione e si trasformerebbe l'appello di merito in vero e proprio ricorso volto a denunciare l'errore decisorio del giudice di primo grado.

Questo progetto, malamente avviato con l'introduzione della specificità estrinseca dei motivi di appello, non potrà giungere a conclusione nel rispetto della legge delega. Il rischio dell'abrogazione dell'appello, inteso come riesame di merito, sembra per ora scongiurato, ma non è detto che quello che non potrà scrivere il legislatore non verrà poi attuato dalla giurisprudenza creativa. Rimane l'argine costituzionale: la logica del controllo sulla motivazione, che dovrebbe soppiantare il secondo giudizio di merito, appare confliggente con l'art. 117 Cost. e con la previsione pattizia che, come detto, è apertamente ispirata al modello del riesame.

4. La fuga dalla cognizione: dall'immediatezza al "dar per visto". Nella prospettiva efficientista della riforma, il dibattito non riveste particolare rilievo, in quanto l'esasperata premialità connessa a moduli procedurali alternativi rende del tutto residuale la celebrazione del giudizio nelle forme dibattimentali.

C'è, tuttavia, un punto sul quale il legislatore ha deciso di intervenire per recepire le indicazioni provenienti da una contestabile giurisprudenza costituzionale ed è quello della rinnovazione della prova nel caso di mutamento del giudice.

Si tratta di una situazione in cui l'inefficienza è incontestabilmente determinata da questioni organizzative legate prevalentemente alla carriera dei magistrati³⁵. Già questa considerazione dovrebbe far ritenere che, in un corretto bilanciamento di valori costituzionali, l'esigenza del singolo giudice non possa comportare la limitazione di un diritto fondamentale come quello sancito dall'art. 111 comma 3 Cost.

Il principio di immediatezza postula che ogni imputato abbia il diritto di interrogare o di far interrogare i testimoni davanti "al" giudice, non davanti a "un" giudice; differenza lessicale fondamentale in quanto la preposizione articolata "al" significa proprio "il giudice chiamato a decidere". La previsione dell'art. 111 comma 3 Cost. ha quindi espressamente costituzionalizzato il principio di immediatezza, cioè il rapporto diretto tra il giudice e la prova o meglio tra il giudice che deve giudicare e la prova dichiarativa utilizzata per la decisione, quale diritto fondamentale dell'imputato che deve essere garantito

³⁵ Cfr. CAVALLINI, *Trasferimenti dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari*, in www.dirittodidifesa.eu, 7 luglio 2022.

anche nel caso di mutamento del giudice attraverso la rinnovazione istruttoria³⁶.

Il principio costituzionale è stato sostanzialmente ignorato dalle due pronunce che rappresentano la base culturale della riforma: la sentenza costituzionale n. 132 del 2019³⁷ e la sentenza Bajrami delle sezioni unite della Cassazione³⁸, con l'effetto transitivo che anche la legge delega si pone in contrasto con la Carta fondamentale.

Sul presupposto che la prova acquisita dinanzi al giudice sostituito non possa andare dispersa, le sezioni unite hanno costruito un sistema normativo *praeter legem* che confonde la rinnovazione istruttoria con l'integrazione probatoria e finisce per concedere graziosamente solo la seconda.

Dato che la prova è già stata acquisita, ancorché dinanzi al giudice diverso da quello che sarà chiamato a decidere, la Bajrami offre solo un potere di integrazione, ma non la rinnovazione pura e semplice che viene vissuta come una inutile duplicazione di quanto già compiuto ritualmente e validamente. L'errore concettuale è proprio questo, la prova assunta dinanzi al giudice diverso non rispetta il principio di immediatezza e, come tale, deve considerarsi invalida, non potendo entrare nell'orizzonte conoscitivo del nuovo giudice. La rinnovazione viene quindi osteggiata perché è vista come una perdita di tempo, perché quelle conoscenze già esistono e si ammette solo la possibilità di una limitata integrazione intesa quale concessione alle parti.

Per assicurare la tenuta del sistema il legislatore dovrebbe sancire espressamente la nullità assoluta di tutte le prove acquisite in precedenza, ossia decretare la nullità del dibattimento, solo così si potrebbe davvero assicurare la regola per cui il giudice deve avere la possibilità di partecipare fin dall'inizio a tutte le attività dibattimentali. A ben vedere, tale conclusione sarebbe già raggiungibile in via interpretativa argomentando da quanto disposto dall'art. 525 comma 2 c.p.p.

La marchiana confusione fra rinnovazione e integrazione non è, però, l'unico errore di impostazione. Spesso si confonde anche l'immutabilità del giudice

³⁶ Sulla rilevanza costituzionale del principio, v., da ultimo, DINACCI, *L'immutabilità del giudice quale valore euristico da preservare attraverso ortodossie interpretative*, in www.dirittodidifesa.eu, 6 luglio 2022.

³⁷ Per ulteriori considerazioni critiche sulla pronuncia costituzionale, v. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, cit., 73 ss.

³⁸ «L'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 cod. proc. pen. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa» (Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2019, Pg c/ Bajrami Klevis, in *Mass. uff.*, n. 276754).

con il tema della immediatezza, ma si tratta di due concetti e di due questioni nettamente distinti che si pongono in rapporto di genere a specie.

L'immutabilità, ai sensi dell'art. 525 comma 2 c.p.p., impone testualmente che «alla deliberazione concurr[a]no, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento». Ciò significa che a decidere deve essere non solo lo stesso giudice che ha presenziato all'assunzione della prova, ma anche lo stesso giudice che ha risolto le questioni preliminari, che ha ammesso le prove, che ha assunto tutte quelle decisioni in rito che oggi stanno pacificamente (secondo le sezioni unite) fuori dalla necessità della rinnovazione. L'articolo 525 comma 2 c.p.p. prescrive che l'immutabilità del giudice abbracci tutte le attività dibattimentali e non solo quelle strettamente istruttorie.

Dal canto suo, la sentenza costituzionale n. 132 del 2019, oltre a non considerare la previsione dell'art. 111 comma 3 Cost., ha suggerito la soluzione, poi adottata dalla l. n. 134 del 2021, di surrogare la rinnovazione istruttoria con l'acquisizione delle videoregistrazioni della precedente attività di assunzione probatoria. Il succedaneo prefigurato dalla Corte costituzionale nell'ottica dei rimedi compensativi potrebbe rappresentare una soluzione migliore rispetto al sistema normativo delineato dalle sezioni unite a patto, però, che la visione delle videoregistrazioni da parte del nuovo giudice avvenga in un contesto formalizzato dal legislatore. Il maggior problema non è, infatti, la videoregistrazione in luogo della trascrizione, ma stabilire quando, dove e come il giudice guarderà il film del processo. Abbiamo già conosciuto il “dar per letto” nell'articolo 511 c.p.p., non vorremmo dover affrontare a breve anche il “dar per visto”.

Il succedaneo della rinnovazione istruttoria non può essere un atto privato del giudice e non si può nemmeno ipotizzare che avvenga direttamente in camera di consiglio, pena una durata della fase decisionale pari almeno alla parte del dibattimento celebrata dinanzi al giudice diverso, ma deve rispondere alla ritualità formale del processo: un'udienza dedicata, probabilmente più di un'udienza, in funzione dello sviluppo precedente del dibattimento.

Le udienze destinate alla visione delle registrazioni costituiranno il vero banco di prova della tenuta del sistema dei rimedi compensativi: non è difficile prevedere che, a fronte dell'alternativa tra una formalizzazione della presa visione della videoregistrazione e la rinnovazione istruttoria, probabilmente i giudici procederanno con la seconda. Per questo bisogna essere rigorosi nell'esigere che il giudice sia posto dinanzi all'alternativa stringente fra l'udienza dedicata alla rinnovazione e quella dedicata alla visione formalizzata

delle registrazioni. Se, invece, l'alternativa fosse il "dar per visto", finirebbe come per le letture *ex art. 511 c.p.p.* e la rinnovazione non verrebbe mai disposta, con buona pace per l'efficienza cognitiva del processo.

La sentenza costituzionale n. 132 del 2019, oltre a proporre i rimedi compensativi che presto saranno accolti dal codice di rito, fonda il suo ragionamento sulla mera presa d'atto dell'impossibilità di garantire la concentrazione delle udienze per giustificare l'abbandono dell'immediatezza. È un modo di ragionare assai singolare da parte di un giudice costituzionale: invece di adottare una sentenza monitoria rivolta al legislatore per sollecitare riforme in grado di garantire la concentrazione e, con essa, anche l'immediatezza, ci si è limitati alla rassegnata presa d'atto dell'inconveniente come se fosse un argomento di decisione³⁹.

Non vi è, tuttavia, un rapporto così inscindibile fra concentrazione e immediatezza, certamente non tale da giustificare l'abbandono del principio costituzionale d'immediatezza sul presupposto della (presunta) impossibilità di organizzare il lavoro giudiziario in modo tale da garantire la concentrazione delle udienze, come peraltro stabilito dall'*art. 477 c.p.p.*

Gli studi di psicologia della testimonianza e del decidere insegnano che il giudice mantiene un ricordo pregnante e indelebile della formazione della prova avvenuta al suo cospetto. Magari non ricorderà perfettamente le parole del testimone, ma i tratti prosodici, ossia l'impressione che ne ha tratto, rimarranno impressi nella sua memoria. In definitiva, il risultato che il giudice ricava dalla formazione della prova garantita attraverso l'immediatezza non è cancellato dalla mancanza di concentrazione e dalla latenza mnemonica, e ciò consente di escludere il fondamento scientifico di quel ragionamento circolare della Corte costituzionale in ordine alla dipendenza della immediatezza dalla concentrazione. La decisione, soprattutto in tema di attendibilità del narrato e di credibilità soggettiva del testimone, viene assunta in base all'intimo convincimento per poi essere giustificata sul paradigma del libero convincimento.

Il libero convincimento è l'argomentazione, la motivazione, postuma e logica della decisione assunta sulla base dell'intimo convincimento. Il giudizio rimane ancora quel momento irrazionale, non governabile, in cui scocca la scintilla nella testa del giudice quando capisce come deve decidere: l'intimo convincimento, nella forma più pura, viene garantito solo dalla immediatezza e non certo dalla videoregistrazione che passa necessariamente attraverso lo

³⁹ In proposito, v. *Confronto di idee su: la post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)*, in *questa Rivista (online)*, 7 giugno 2019.

schermo, inteso nella sua duplice accezione di dispositivo atto a diffondere le immagini, ma anche di barriera e di filtro.

La sostanziale fuga dalla cognizione che caratterizza il disegno di riforma spiega perfettamente l'idiosincrasia per le forme dibattimentali caratterizzate dall'oralità chiovendianamente intesa come la sintesi di contraddittorio, oralità in senso stretto, immediatezza e concentrazione⁴⁰.

Il dibattimento, nei casi residuali di celebrazione, si presenta ormai come un accumulo di carte o di videoregistrazioni da impilare sul tavolo del giudice⁴¹ nella speranza che costui abbia il tempo e la voglia di leggersi tutto l'incarto processuale. L'oralità è faticosa e dispendiosa, inefficiente sotto il profilo della contrazione dei tempi del processo, ma è ancora il metodo migliore che abbiamo a disposizione per approssimarci al fine conoscitivo.

5. L'ideologia della riforma: delitto e perdono. Finora ci siamo occupati delle più vistose distonie con il modello costituzionale del giusto processo, ma la riforma si segnala soprattutto per la inedita e rivoluzionaria ideologia che la muove. Dietro all'efficientismo dichiarato, alla prevalenza della tecnica sulla scienza, non è difficile scorgere un modello culturale, prima ancora che processuale, ispirato a un decisionismo etico.

La colpevolezza dell'imputato è consacrata nell'imputazione di matrice poliziesca e il processo viene vissuto con malcelata insofferenza alla stregua di un ostacolo che si frappone nel percorso, sempre più celere, verso la condanna e la successiva rieducazione. Emerge chiaramente il carattere non cognitivo, ma potestativo del giudizio, finalizzato all'irrogazione della pena nella tensione risocializzante. L'assoluzione è un caso mal riuscito ed è il simbolo dell'inefficienza del sistema.

Su questi presupposti si favorisce in tutti i modi la fuga dal processo e dalla cognizione intesi come inutili perdite di tempo, anche a costo di una premialità sempre più spinta nel costruire "i ponti d'oro al nemico che fugge". Lo strappo con la legalità costituzionale è evidente, il principio *nulla poena sine iudicio* è messo in crisi dai riti alternativi dichiaratamente anticognitivi che postulano la disponibilità della presunzione d'innocenza e una pena inflitta a richiesta dell'imputato, senza alcuna forma di accertamento di responsabilità,

⁴⁰ CHIOVENDA, *La riforma del processo civile* (1910), in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 294 ss.

⁴¹ Come denuncia opportunamente MARAFIOTI, *Immutabilità del giudice, oralità e immediatezza: contro le prerogative di mobilità dei giudici*, in www.dirittodidifesa.eu, 9 luglio 2022, secondo il quale «i dibattimenti risultano così tanto ricolmi di documenti, nelle sue varie polimorfe accezioni, di memorie scritte, di appunti, note e trascrizioni, come ben sa chi tutti i giorni frequenta le aule giudiziarie».

si pensi al caso paradigmatico della sospensione del procedimento con messa alla prova in cui la sanzione viene addirittura scontata preventivamente in forma alternativa alla detenzione con un premio finale rappresentato dal proscioglimento (pena senza condanna e senza giudizio)⁴².

Rinunciando alla verifica empirica dell'imputazione, i ruoli nel processo appaiono già accertati ai blocchi di partenza: la vittima e il colpevole. La patente violazione della presunzione costituzionale d'innocenza è la pietra angolare su cui viene edificata la riforma, si pensi, ad esempio, alla codificazione dello *status* di vittima, già dal punto di vista linguistico ricco di connotazioni, alla giustizia riparativa nel corso del processo che presuppone logicamente e giuridicamente una già avvenuta definizione dei ruoli oppure alla piena conferma del doppio binario processuale che piega le regole del decidere sul soggettivismo penale dei tipi normativi d'autore intriso di esigenze di prevenzione e di difesa sociale.

Appare inspiegabile come un intervento così ampio non abbia nemmeno preso in considerazione le aporie del doppio binario, sistema che, al contrario, viene ulteriormente rafforzato dalla riforma nei suoi capisaldi culturali e ideologici, basti pensare alla disciplina dell'art. 344-*bis* c.p.p.

Eppure, la disciplina costituzionale del processo non ammette una diversificazione degli standard di garanzia in funzione dell'ipotesi accusatoria⁴³ proprio perché, altrimenti, cadrebbe nell'insanabile contraddizione rappresentata dall'abbandono della presunzione d'innocenza. Ogni imputato deve poter godere del complesso delle garanzie del giusto processo, senza eccezioni fondate sul titolo di reato per cui si procede. La riduzione o, peggio, la sospensione di determinate garanzie costituzionali non può essere legittimata nemmeno appellandosi alla previsione derogatoria contenuta nell'art. 15 CEDU. È la dottrina più attenta a ricordarci come basti pensare «al carattere di eccezionalità che deve possedere il 'pericolo pubblico' ai sensi dell'art. 15, primo comma Conv. europea, per escluderne l'equiparazione al fenomeno pluriscolare, e non per il nostro Paese eccezionale, della mafia»⁴⁴. Non va peraltro dimenticato che, al di là della previsione derogatoria dell'art. 15 CEDU, la fonte internazionale, ai sensi dell'art. 53 CEDU, non sia invocabile da «uno stato che, com'è il nostro, ha un livello costituzionale di garanzia ... superiore

⁴² Per un approfondimento critico, sia consentito rinviare a MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, cit., 55 ss.

⁴³ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 114.

⁴⁴ BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 87.

a quello offerto dalla Convenzione»⁴⁵.

Il tema della diversa graduazione delle garanzie processuali in funzione della gravità del reato (doppio binario), peraltro valutata solo in astratto, non trova, dunque, diritto di cittadinanza nel sistema costituzionale che non consente una distinta ponderazione interna alla materia penale, in quanto tale e complessivamente degna di tutte le guarentigie del giusto processo, mentre guardando agli ambiti sovranazionali si potrebbe solo postulare una sospensione temporanea delle stesse garanzie nei casi eccezionali di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (art. 15 CEDU; art. 4 Patto intern. dir. civ. pol.). Superfluo sottolineare come la sospensione temporanea delle garanzie del giusto processo sarebbe cosa ben diversa da un regime ordinario e stabile di procedura penale differenziata. Tuttavia, volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario, l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione, al maggior rischio penale un incremento delle garanzie processuali dell'accusato. Al contrario, nel nostro sistema, oltre a registrarsi una forse fisiologica semplificazione processuale per i reati bagatellari e, in genere, per quelli di minor allarme sociale, vige una regolamentazione eccezionale a ridotto tasso di garantismo per delitti particolarmente gravi e complessi che si ritengono sintomatici della pericolosità sociale dell'imputato. Lo *status quo* normativo si regge sull'idea, palesemente incostituzionale, che la semplice notizia di reato, in quanto riferibile al novero dei delitti ritenuti astrattamente espressivi di una pericolosità sociale qualificata del loro autore, possa condizionare tanto lo svolgimento processuale quanto il godimento dei diritti fondamentali da parte dell'accusato.

La giustizia riparativa, collocata in parallelo al processo e non confinata nella sola fase esecutiva, sposterà la quesitone penale dal giudizio di cognizione al tavolo di mediazione, prima ancora dell'accertamento definitivo di responsabilità, con conseguenze sistematiche difficilmente immaginabili a partire dalla patente violazione della presunzione d'innocenza, rettamente intesa quale garanzia indisponibile anche per il diretto interessato. Il modello processuale di accertamento finalizzato all'attuazione delle scelte politiche della collettività, il diritto penale del fatto e della responsabilità, lascerà progressivamente il posto a un processo privatizzato nell'ottica della risoluzione dei conflitti interindividuali⁴⁶.

⁴⁵ BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum»*, cit., 88.

⁴⁶ Si richiamano volutamente le categorie concettuali di DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*.

La sola possibilità di accedere alla giustizia riparativa finirà per stravolgere l'andamento processuale, anche quando l'imputato non vorrà farvi ricorso. Non si è attentamente ponderata l'eventualità che il rifiuto della mediazione in corso di processo porterà con sé una inaccettabile discriminazione agli occhi del giudice, non sanabile dalle cautele previste solo per l'inutilizzabilità processuale delle parole dette dinanzi al mediatore. È la stessa scelta di accedere o meno alla giustizia riparativa che influenzerà in un senso o nell'altro l'esito del processo: accettare la mediazione significherà inevitabilmente ammettere la responsabilità, e in caso di esito negativo ciò comprometterà irrimediabilmente la strategia difensiva davanti al giudice, sul presupposto che un imputato innocente rifiuterebbe l'idea stessa della mediazione per un torto non commesso, per di più in danno di un millantatore, la presunta vittima; non accedere alla mediazione equivarrà, in caso di condanna, al pagare un prezzo ancora più alto in termini sanzionatori per la scelta di difendersi nelle forme ordinarie, non essendo difficile pronosticare che un giudice, già oggi incline a negare la concessione delle attenuanti generiche solo per l'assenza dell'imputato, inasprirà ancor di più la risposta punitiva nei confronti di chi avrà declinato l'eufemistico invito alla giustizia riparativa.

Il dilemma della mediazione non può essere proposto nel corso del processo, nessuna cautela potrà mai eliminare le conseguenze appena delineate, in quanto la giustizia riparativa, in tutte le sue forme, è ontologicamente incompatibile con il rispetto della presunzione d'innocenza.

Giustizia riparativa e premialità esasperata per tutte le alternative alla cognizione pongono il problema cruciale, ma del tutto obliato nell'ottica efficientista della riforma, del costo del dibattimento. Quanto dovrà pagare l'imputato in termini di rinunce alle blandizie legislative per accedere a quel giusto processo che la Costituzione gli riconosce come un diritto fondamentale? Tale prezzo è ammissibile in un sistema costituzionale governato dalla presunzione d'innocenza, dal diritto di difendersi provando e, più in generale, dalle regole del giusto processo? Soprattutto, siamo sicuri che la materia penale sia disponibile e che l'imputato possa barattare l'accertamento di responsabilità con il perdono per una devianza solo presunta? La società è pronta, informata e consapevole di questa mutazione genetica del sistema della giustizia penale?

Ancora una volta quesiti retorici che sottendono scontate risposte negative, tutto si colloca al di fuori dei limiti segnati dalla Costituzione, ma l'efficienza

Analisi comparatistica del processo (1986), trad. it., Bologna, 1991, 173 ss.

sembra avere un effetto taumaturgico nel sanare ogni strappo alle regole fondamentali, così come produce l'effetto di intorbidire l'esatta percezione di un processo che verrà ispirato a un modello profondamente autoritario, di carattere etico, lontanissimo dall'epistemologia garantista che guidò il legislatore oltre trent'anni fa.