

---

**GAETANO PECORELLA**

**Una crisi annunciata. Lettera a un giovane avvocato sul processo penale.**

L'articolo affronta le ragioni della crisi del "nuovo" processo penale immaginando di scrivere una lettera a un giovane avvocato che si appresta ad affrontare la professione. Si spiega come la riforma non avrebbe potuto funzionare se non all'interno di un più generale intervento sulla Costituzione e sui rapporti tra giudici e Pubblici ministeri. Si evidenzia altresì come alcuni germi per la dissoluzione dell'*adversarial system* fossero già presenti nello stesso Codice. Non si rinuncia, però, all'idea di un processo accusatorio, basato sulla dialettica tra le parti: si indicano, piuttosto, le riforme perché questo tipo di processo possa trovare attuazione anche nel nostro Paese.

*An announced crisis. Letter to a juvenile lawyer on the criminal trial.*

*The article discusses the causes of the crisis of the "new" criminal proceeding, imagining about writing a letter to a young lawyer who is preparing to practice the legal profession. It is explained as the reform could not had function except under a more general constitutional reform, also on the relationship between judges and prosecutors. Moreover, it is highlighted as some indicators for the adversarial system dissolution were already contained in the Code itself. However, it does not give up the idea of an adversarial process, based on the dialectic between the parties: instead, it is indicated the reforms so that this type of process will be implemented also in our country.*

Ti scrivo perché, nei tuoi confronti, la mia generazione è responsabile di un fallimento: ti lasciamo in eredità un processo penale che non è in grado di funzionare, di cui sin dall'inizio avremmo dovuto intuire le carenze, la estraneità alla cultura di questo Paese, e persino al suo sistema costituzionale. La mente corre alle fatiche amare di Santiago, protagonista del racconto di Hemingway "*The old man and the sea*": dopo tanto pescare, penare e remigare, tornare in porto, sul far della sera, con sole quattro lische di pesce e cadere addormentato. Apriamo il libro e leggiamo: "Santiago dormiva e sognava i

leoni". Ci avevamo creduto, avevamo creduto a un processo dominato dalle parti, con un giudice terzo e imparziale, a un processo in cui il contraddittorio non era più solo *sulla* prova, ma *per* la prova. Un processo la cui spina dorsale era la *cross-examination*. Non è stato così. Eppure un giurista di genio, come Michele Taruffo, nella presentazione dell'edizione italiana del libro di R. A. Kagan, "*La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*", ci aveva avvertito: "è l'importazione del metodo dell'*adversarial legalism* nel suo complesso che appare inopportuna, e comunque impossibile. Inopportuna perché non si tratta affatto del metodo più efficiente per affrontare problemi e risolvere controversie. Comunque, impossibile perché non esistono in altri sistemi - ed in particolare in quello italiano - tutte le condizioni specifiche che costituiscono le premesse e le coordinate tipiche e necessarie dell'*adversarial system*. Qualunque trapianto di esso altrove darebbe certamente luogo a crisi di rigetto, o porterebbe a generare mostri". Forse, da noi, si sono verificati entrambi gli effetti. Prima di tutto, dunque, l' *adversarial system* era, ed è, incompatibile con il nostro modello di potere, con il nostro sistema giuridico. Ricordiamo la distinzione operata da Mirjam Damayka (*Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 1975) tra i modelli di organizzazione statale "gerarchico" e "paritario". Il modello "gerarchico", che Damayka

ricava dai sistemi dell'Europa occidentale, accentra il controllo politico sull'applicazione della legge e sui processi decisionali. L'ideale del modello paritario, invece, enfatizza la frammentazione del potere e le radici della responsabilità democratica, esalta la conflittualità legale. La Costituzione del 1948 ha fatto proprio il modello di magistratura, e quindi di processo penale, che veniva dalle tradizioni autoritarie dell'ottocento, e poi dal fascismo, in cui il giudice e non le parti, è il depositario della ricerca della verità, è il signore della prova: tant'è che l'avvocato non compare in Costituzione, e fu conservato il vecchio ordinamento giudiziario. Il processo penale, in Costituzione, è il "processo inquisitorio", addolcito con alcune garanzie che, per quanto importanti, non ne modificano la natura. È intervenuto in nuovo articolo 111 che ha dato dignità costituzionale al principio secondo cui il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova, in cui le parti intervengono in condizione di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. Ma la norma, resa necessaria dalle sentenze della Corte costituzionale, si è scontrata con un sistema di poteri che le ha tolto ogni pratica efficacia. La parità delle parti è contraddetta dal ruolo dell'accusa che è organo pubblico, rappresentante dello Stato come il giudice, e non del potere esecutivo, per cui non è e non può essere parte. Per di più, come è noto, Pubblico ministero e giudice

sono un corpo unico, sicché il difensore non può che apparire, di fronte al giudice, come un soggetto di livello inferiore, portatore di interessi privatistici: lui sì parte, non il Pubblico ministero. La doppia casacca del magistrato, ora giudice, ora Pubblico ministero, ha fatto sì, nel tempo, che risultasse sempre meno comprensibile la inutilizzabilità degli elementi di prova formati nel corso delle indagini: cosicché, giorno dopo giorno, le paratie che dovevano separare il materiale delle investigazioni dal dibattimento, hanno cominciato a cedere lasciando che più o meno tutto quel materiale fosse conosciuto dal giudice e fosse da lui usato al fine del decidere. In realtà, i germi per la dissoluzione del sistema erano tutti già presenti nel codice di procedura penale, a partire dalle testimonianze della polizia giudiziaria. A norma dell'art. 514, co. 2 c.p.p., l'ufficiale o l'agente di polizia può servirsi degli atti di documentazione delle attività compiute, in aiuto della memoria. La prassi ci dice che, il più delle volte, queste testimonianze si riducono alla lettura delle informative, se non, per brevità, alla loro acquisizione accompagnata dalla frase di rito: "confermo quanto da me redatto". Ma, in primo luogo, la crisi della formazione della prova in dibattimento è da imputarsi alle contestazioni che le parti possono fare al testimone servendosi delle dichiarazioni precedentemente rese e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. L'ingenuità è stata credere che

il giudice si sarebbe limitato a valutare le dichiarazioni lette per le contestazioni ai soli fini della credibilità del teste, come detta l'art. 500 c.p.p. Si tratta, infatti, di atti raccolti da un magistrato, da chi è stato o potrebbe essere un giudice. Perché dubitare della loro autenticità e attendibilità? È così che la contestazione, attraverso la formula: "il teste conferma", entrano nel dibattimento come prova, al pari di quanto avveniva con il codice del 1930. Con una differenza, però, che quelle erano dichiarazioni raccolte nell'istruzione formale, e cioè da un giudice. Del resto, il giudizio abbreviato è la conferma che il Pubblico ministero è soggetto che ben può formare la prova, visto che non è il mero consenso dell'imputato a trasformare in prova ciò che prova non è. La verità non è nella disponibilità delle parti, è quanto probabilmente pensa il giudicante, e forse non ha tutti i torti. Un altro aspetto di una crisi annunciata: l'*adversarial system* pone al centro del processo non il giudice, bensì il contraddittorio tra le parti: il giudice regola il conflitto, non vi partecipa. Ciò può accadere solo se non ha poteri inquisitori, e cioè non può introdurre prove nel dibattimento, né interrogare i testimoni e i periti. Ciò può accadere ancor più se non è un rappresentante dello Stato a cui spetta la difesa della società dal crimine. Un processo di parti senza giuria non è concepibile. Ma l'attuale codice va oltre: attribuisce al giudice proprio quei poteri che

sono propri dell'inquisitorio. Se risulta assolutamente necessario può disporre anche d'ufficio l'ammissione di nuovi mezzi di prova. È nella facoltà del giudice, naturalmente, valutare "l'assoluta necessità", sicché può sempre mutare il quadro probatorio costruito dalle parti; e così il processo si divide in due, la parte che nasce dal contraddittorio introdotto dalle parti, e la parte voluta dal giudice che è alla ricerca di una "sua" verità. È facile supporre che le nuove prove andranno nel senso di confermare l'idea che il giudicante ha di come sono andati i fatti. Non diverso è il quadro per la formazione della prova testimoniale. Il presidente, in base all'art. 506 c.p.p., può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle parti e agli imputati in procedimenti connessi, teoricamente dopo l'esame e il controesame. Ma le cose non vanno così. Il presidente interviene nel corso dell'esame, o del controesame, e indirizza il testimone verso quella che lui ritiene la verità; né c'è strumento o sanzione per impedirglielo. Comunque, se anche rispetta le sequenze dell'interrogatorio, l'esame del testimone che conta non può che essere quello condotto dal giudicante. L'*adversarial system* non è compatibile, poi, con la tipologia criminale del nostro Paese, e con le sue peculiarità sociali. Molti processi riguardano la criminalità organizzata con decine di imputati e di avvocati. L'esame incrociato richiede che le parti siano due, accusa e difesa, sicché è di

difficile applicazione, ad esempio, un controesame in cui ogni interrogante persegue un suo particolare interesse. Ma non è solo questo. È un processo macchinoso, che richiede adeguate strutture giudiziarie, in termini di personale, di tempi e persino di spazi fisici. È anche un processo costoso. La società italiana è carente di tutto questo, e solo pochi imputati possono permettersi una difesa adeguata all'impegno richiesto all'avvocato per tenere testa al Pubblico ministero. I risultati, d'altronde, sono determinati dal bilanciamento variabile e spesso diseguale di competenza, impegno e risorse tra l'accusa da un lato e i difensori dall'altro. Mio giovane collega, il quadro è sconcertante, e altre disfunzioni si potrebbero ricordare: come l'alto numero delle difese di ufficio in un processo che richiede mezzi per le indagini difensive, la presenza costante in dibattimento, una strumentazione tecnica di alta qualità. È una crisi irrimediabile? Non c'è spazio per l'*adversarial system*? Torniamo all'inquisitorio, più semplice e buono per tutte le tasche? Se ti scrivo è perché ho fiducia che tu, e la tua generazione, abbiate la capacità, la forza, la determinazione per realizzare un processo in cui i diritti dell'individuo siano veramente tutelati, in cui la verità sia ricercata attraverso lo strumento più idoneo, che è la dialettica: un processo che abbia al centro l'attività delle parti, tra loro eguali, con un giudice terzo e imparziale. Ma l'accusatorio, o è o non è: non ci so-

no compromessi con residui di inquisitorialità, o con la nostalgia di un giudice che cerca la verità, peraltro la "sua" verità. Bisogna partire dalla Costituzione, mettere in Costituzione il modello dell'*adversarial legalism*. In primo luogo, il Pubblico ministero deve essere separato radicalmente dal giudice, deve diventare "parte" come il difensore. Lo impone la parità delle parti. Ma, per essere una parte, non può far parte della magistratura, perché sarebbe una contraddizione in termini: il magistrato non può che essere imparziale, per definizione. Il Pubblico ministero, quindi, deve essere organo della Pubblica amministrazione, e deve rendere conto delle sue scelte sulle priorità nella scelta dei procedimenti da istruire. Ci sono altre norme da rivedere. La presunzione di innocenza deve essere sì regola di trattamento, come ora, ma anche regola probatoria: l'onere della prova è a carico dell'accusa, e soltanto dell'accusa. Non ci sono presunzioni da cui l'imputato si deve difendere, né sta al giudice la ricerca di elementi a favore o contro la tesi accusatoria. Bisogna sfolire il numero dei processi. L'obbligatorietà dell'azione penale è oggi uno schermo dietro il quale si nascondono spesso precise scelte di politica criminale, scelte di cui il Pubblico ministero non risponde. D'altronde è impensabile che non vi siano delle priorità, o che tutti i reati possano essere perseguiti. Ci sono limiti di spesa, di personale, di attrezzature. Togliamo la obbligatorietà dalla



Costituzione regolando per legge scelte e responsabilità del Pubblico ministero. L'*adversarial system* ha un altro pilastro, oltre la parità delle parti: che il giudice sia davvero terzo, lontano dall'interesse politico, sociale o economico che può avere lo Stato rispetto al risultato di un processo penale. Il giudice deve essere il regolatore del conflitto, e nient'altro. Per questo l'accusatorio richiede che il giudice non sia un burocrate, che sia o di nomina elettiva, o composto da laici. Il fascismo eliminò la giuria per tenere sotto controllo anche la giurisdizione. A livello di legge ordinaria è necessario concepire il patteggiamento non come una forma premiale, ma come uno strumento necessario perché il dibattimento sia riservato ai casi che meritano tanto dispendio di tempo, di uomini e di mezzi. Negli Stati Uniti un altissimo numero di processi è risolto con il patteggiamento. Il processo vero e proprio, oneroso e pieno di opportunità per gli imputati e i loro avvocati di contestare le tesi dell'accusa, tende ad essere riservato per i casi importanti e quelli in cui gli imputati proclamano con forza la loro innocenza. Un accordo tra Pubblico ministero e imputato, senza intervento del giudice, farà forse scontare qualche anno di meno, ma non si attenderanno anni per l'esecuzione della pena, si definirà un maggior numero di casi, si avrà un notevole risparmio per lo Stato e anche i processi ordinari si potranno celebrare nel rispetto della ragionevole

durata. Bisogna organizzare diversamente i processi di criminalità organizzata: un processo ai capi che ne accerti l'esistenza, e poi via via i processi agli associati per i singoli reati da loro commessi. Infine, il ruolo dell'avvocato. È necessaria una preparazione specifica, e di più alto livello, a partire dall'università. Ci sono materie ignorate, o poco studiate, come le tecniche investigative, l'etica, la psicologia, la logica, la retorica o l'oratoria. Ci vuole un albo speciale dei penalisti, con esami e materie *ad hoc*. La difesa è un costo sociale come la salute: deve essere garantita a tutti. Ti ho scritto, mio giovane collega, perché oggi i giovani stanno prendendo nelle loro mani il futuro lottando per la tutela della natura, degli emarginati, degli sfruttati. Spero che anche tu vorrai lottare perché sia tutelato il diritto di tutti gli uomini a un giusto processo.