

# Giurisdizione. Accusa. Separazione. Difesa. Giusto processo

Opinioni

GIORGIO SPANGHER

**SOMMARIO:** 1. Il processo, i processi. – 2. Sviluppi storici. – 3. La giurisdizione unitaria. – 4. Il giusto processo. – 5. Separazione. – 6. Ordinamento e processo.

## 1. Il processo, i processi.

Il processo penale è un fatto politico, nella misura in cui regola i rapporti di autorità tra lo Stato ed i suoi cittadini. Lo è anche la distribuzione del potere delle parti e del giudice dentro il processo: dare ad uno vuol dire limitare il potere degli altri.

La presenza della giuria riduce il potere del giudice. Le garanzie sono divisive: una diversa loro distribuzione ha significative ricadute perché, nel sistema processuale, tutto si tiene.

Il processo penale appartiene alla storia, alla cultura, alle tradizioni giuridiche di un Paese. Il processo anglosassone è figlio della Magna Carta; il processo continentale è legato alla tradizione del processo criminale canonico, purificato dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese.

La Convenzione europea che tante ricadute positive ha avuto nel trasformare il nostro processo penale ha sicuramente una matrice di segno accusatorio ispirata dal modello anglosassone. Basterebbe considerare il riferimento alla cauzione ed alla presenza dell'imputato di cui alla Cedu, perfettamente integrato in quel sistema e di complessa esportazione nel nostro modello, connotato – per lungo tempo – dal processo *in absentia*.

Processo e ordinamento, nonché ordinamento e processo si reggono reciprocamente.

Nel codice di procedura penale del 1988, l'art. 1 recita: la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario, secondo le norme di questo codice.

Nel codice del 1930, mentre le sentenze di condanna per le contravvenzioni erano appellabili, le decisioni dei reati di competenza della Corte d'assise, cioè, quelli più gravi, erano inappellabili. Motivo: mancavano le Corti d'assise d'appello.

## 2. Sviluppi storici.

Per comprendere più nel profondo come queste riflessioni incidano sul tema qui analizzato sarà necessario considerare gli sviluppi storici che il rapporto tra processo e ordinamento e tra ordinamento e processo è venuto assumendo.

La considerazione della natura strutturalmente inquisitoria del nostro processo emerge con chiarezza dal processo pretorile. Si consideri, a questo proposito, che questo rito anche in ragione di alcune sentenze della Corte costituzionale (C. cost. n. 61 del 1967 e n. 123 del 1970) è sopravvissuto nel nostro sistema processuale – con le implicazioni, come si dirà, che qui se ne vogliono trarre nei rapporti tra giudice e pubblico ministero – fino all'entrata in vigore del nuovo codice con il quale si è ritenuto non più sostenibile – a fronte della competenza pretorile per delitti puniti ormai con la pena non superiore nel massimo a quattro anni - la mancata previsione di un ufficio del pubblico ministero presso la pretura.

Con l'art. 2 direttiva 103 della legge delega, si è prevista – nel regolare il nuovo processo pretorile – la distinzione delle funzioni di pubblico ministero e di giudice, nonché la modifica dell'ordinamento giudiziario al fine di garantire tale distinta attribuzione di funzioni. Il dato, oltre alle modifiche della normativa dell'ordinamento giudiziario ha trovato riscontro nell'originario art. 550 c.p.p. (1988).

Il pretore, come correttamente affermato da Cordero, costituisce il “fossile” del sistema inquisitorio, quello nel quale giudice e p.m. si identificano, anche fisicamente, in un unico soggetto. Una specie di Giano bifronte. A conferma della criticità che la situazione evidenziava, a livello dibattimentale si assisteva ad un simulacro di dialettica (solo formale), con l'accusa sostenuta e connotata da occasionalità e precarietà.

Anche al di fuori della pur significativa presenza del processo pretorile, la fase dell'istruzione evidenziava una sostanziale omogeneità di funzioni tra p.m. e giudice (istruttore), titolari dell'istruzione sommaria e dell'istruzione formale. Di fatto, l'istruzione sommaria, pur ancorata formalmente a presupposti di celerità, vedeva il pubblico ministero raccogliere tutto il materiale d'accusa da versare in un dibattimento chiamato a registrarne gli esiti. Lo stesso poteva dirsi per l'istruzione formale condotta dal giudice istruttore. Il tutto a seguito dell'istruzione – anch'essa completa – della polizia giudiziaria, che si concludeva con il rapporto. Ben tre istruzioni. Segrete e senza garanzie difensive. Paradossalmente, le garanzie difensive introdotte dalla riforma del 1995 (artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* c.p.p. 1930) avevano riguardato dapprima il giudice istruttore e l'istruzione formale e solo a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 52 del 1965 anche l'istruzione sommaria.

La sostanziale fungibilità di p.m. e giudice istruttore trovava riscontro anche nei poteri restrittivi della libertà personale: ordine e mandato di cattura obbligatorio o facoltativo.

Dall'unità fisica del modello inquisitorio e del pretore, alla omogeneità funzionale, dunque.

La riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941 confermava questa impostazione, né più né meno come il codice di rito penale aveva recepito l'impostazione legata all'unità della cultura giudiziaria tra p.m. e giudice.

### 3. La giurisdizione unitaria.

Anche la Carta costituzionale del 1948, che ancora oggi mantiene il riferimento alla carcerazione preventiva, recepisce l'impostazione legata all'unità dell'autorità giudiziaria, anch'essa ancora presente – ad esempio - nella formulazione degli artt. 13, 15, 21 Cost.

Seppure qualche timido segnale nella prospettiva di una distinzione di ruoli e di funzioni tra p.m. e giudice può essere segnalato (artt. 101 e 112 Cost.), il tema dell'ordinamento giudiziario, cioè, della sua riforma, attraverso la VII disposizione transitoria, veniva affidato ad una successiva legge osservandosi – *medio tempore* – quella vigente.

Anche se non sono mancati gli aggiustamenti della legge Grandi, l'impostazione dell'ordinamento giudiziario italiano è rimasta quella d'una giurisdizione unitaria.

È stato necessario attendere lo scollinamento del Millennio, per vedere una significativa riforma dell'ordinamento giudiziario, occasionata da contingenze politiche, che, infatti, ha subito, poco dopo, una non marginale correzione ed involuzione. Comunque l'impianto impostato sull'unità della funzione giudiziaria e dei percorsi professionali è rimasta sostanzialmente ferma, come si dirà.

Nel 1988, nel contesto di una decisa azione riformatrice, tesa alla modifica dell'assetto processuale, contrassegnato dalla volontà di recepire i principi del sistema accusatorio e delle Convenzioni ratificate dall'Italia, pur mantenendosi la presenza del giudizio pretorile, si opera una più decisa separazione tra p.m. e giudice: al p.m., viene affidata la funzione di sviluppare le indagini (preliminari), di richiedere (e non più di disporre) le misure cautelari.

Significativo il riconoscimento – a differenza di quanto esisteva in precedenza – di nominare consulenti, al pari della difesa, risultando conferita solo al giudice la nomina del perito.

Al giudice titolare della fase, subentrava il giudice (non più istruttore) garante di atti: giudice per le indagini preliminari. Al giudice, cioè, è assegnato il ruolo di garante dei diritti costituzionali di cui l'indagato è titolare.

Il giudice è un soggetto processuale; il p.m. accentua il suo ruolo di parte, come emerge con chiarezza da quanto previsto, senza pretesa di completezza, fra gli altri, dagli artt. 190, 496, 497, 498 c.p.p.

In rapida sintesi, vanno indicati, a sottolineare il mutato quadro di riferimento strutturale e processuale del nuovo processo, il sistema bifasico e l'eccezionalità del recupero investigativo, le indagini a tempo, la distinzione tra processo e procedimento, la differenza tra prove e fonti di prova, il diritto alla prova delle parti e i residuali poteri probatori del giudice, la diversa collocazione dell'archiviazione e del suo contenuto (l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio, al di là della manifesta infondatezza della notizia di reato), il principio di oralità del processo.

Se si volessero individuare due elementi fondamentali del nuovo rito si potrebbe far riferimento all'art. 525 cpv. c.p.p. ed al giudizio immediato a richiesta dell'imputato ai sensi dell'art. 419, comma 5, c.p.p.

Con la prima previsione, integrata dall'art. 526 c.p.p. – ove si dispone che il giudice non può utilizzare ai fini della decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento – si afferma che “alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento”. Al riguardo, va sottolineato che la riferita previsione processuale costituisce l'unica nullità assoluta – speciale – di tutto il codice di procedura penale. Non si tratta, infatti, di violazione del contraddittorio sanzionato con la nullità a regime intermedio, ma di violazione di una competenza funzionale esclusiva.

Con la seconda disposizione si prevede che l'imputato possa rinunciare all'udienza preliminare e chiedere il giudizio immediato con dichiarazione presentata in cancelleria personalmente o a mezzo di procuratore speciale almeno tre giorni prima della data dell'udienza. La previsione trovava, infatti, il suo fondamento proprio nel sistema bifasico. La consapevolezza della non trasferibilità nel dibattimento del materiale delle indagini dell'accusa induceva la difesa alla verifica probatoria nell'esame incrociato, non pregiudicata da “recuperi”, se non nei casi di atti di irripetibilità sopravvenuta.

Ulteriore indice sintomatico di questo dato, fra gli altri moltissimi elementi caratterizzanti il nuovo modello, le novità della giustizia negoziale e consensuale, la presenza dei fascicoli dell'accusa e della difesa, il passaggio dall'azione alla giurisdizione nell'*incipit* dei due codici (quello del 1930 e quello del 1988).

Significativamente plastica la rappresentazione dell'aula di udienza contenuta nell'art. 146 disp. att. ove si prevede che “nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco ai propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio della persona da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti”.

C'è tutta l'essenza della riforma del codice in questa previsione: una norma di arredamento diventa una disposizione rappresentativa delle nuove dinamiche processuali.

Del passaggio di modello dimostra di essere consapevole il legislatore che nella legge delega all'art. 5 dispone che “il governo della Repubblica è delegato ad emanare le norme necessarie per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni”.

Il tutto si traduce nell'art. 190 della legge di ordinamento giudiziario ove si prevede che il passaggio dei magistrati dalle funzioni giudicanti alle inquirenti e da queste a quelle può essere disposto a domanda dell'interessato, solo quando il consiglio superiore della Magistratura, previo parere del Consiglio giudiziario, abbia accertato la sussistenza di attitudini alla nuova funzione”.

Pur restando funzionalmente uniti, p.m. e giudici si differenziano per specifici connotati di ruolo e di professionalità.

Corre l'obbligo di segnalare come quest'indicazione (“solo quando”) non abbia costituito un significativo punto di riferimento nelle valutazioni del CSM in caso di trasferimento di funzioni.

La necessità di tener conto della radicalmente mutata situazione strutturale aveva in-

dotto a prospettare una questione referendaria, ammessa con la sentenza n. 37 del 2000 della Corte costituzionale, e con le proposte tese a differenziare i percorsi professionali dei giudici e dei pubblici ministeri, attraverso un'articolata serie di barriere contenute nel testo elaborato dalla Commissione Bicamerale.

In questo quadro si inserisce anche la riforma della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura con la previsione della presenza differenziata nel numero, dei giudici e dei pubblici ministeri.

#### 4. Il giusto processo

Com'è noto, nel tentativo di riequilibrare il sistema processuale, scosso dalle famose e famigerate sentenze della Corte costituzionale del 1992 (il dato dovrebbe far riflettere sulla cultura di cui era interprete quella Corte e sugli elementi ritenuti insiti nell'impianto costituzionale), il legislatore ha provveduto a modificare l'art. 111 Cost. recependo in larga parte le indicazioni contenute nell'art. 6 della Cedu. Significativamente, si faceva riferimento a giudice terzo e imparziale (sin noti il linguaggio non perfetto legato alla mancanza di articolo: un giudice; al giudice). Alla disposizione costituzionale, è altrettanto noto, è stata data attuazione con la l. n. 63 del 2001. Si è accentuata la centralità del giudice, come emerge sia dai riferimenti al contraddittorio, sia dal significato del consenso delle parti, portatrici di interessi dialettici componibili. Certamente il nuovo testo dell'art. 111 Cost. allontana il giudice dalle parti – da entrambe le parti – sottolineandone l'estraneità rispetto alla prova ed alla decisione. La disciplina, posta al vertice della gerarchia delle fonti, nel contesto delle norme sulla "giurisdizione", all'interno della parte dedicata alla "magistratura", rafforza il ruolo di parte del p.m.

Peraltro, il sistema non è ritornato alla sua impostazione originaria: significativo lo spostamento dall'oralità al contraddittorio che non figurava, a differenza della prima nozione, nella legge delega.

Anche in questo caso la riforma processuale non è stata accompagnata da una contestuale riforma ordinamentale.

L'adeguamento ordinamentale è stato caratterizzato quasi esclusivamente da un allontanamento territoriale dei p.m. e dei giudici, rendendo "spazialmente" meno contiguo il passaggio di funzioni.

Sicuramente qualcosa è cambiato, come emerge dalle statistiche.

Tuttavia, il dato fondamentale sul quale è mancata una attenta riflessione è legato alle profonde modifiche strutturali dell'ufficio del pubblico ministero: procura unificata, procura distrettuale, procura nazionale antimafia ed ora anche terrorismo, modifica dell'organizzazione interna dell'ufficio.

Vanno tenute in considerazione le capacità di coordinamento tra le 26 procure generali al fine di svolgere indagini collegate, attraverso lo scambio di informazioni e di atti comuni; nate come atto spontaneo al tempo del terrorismo stragista, normativizzate per i reati di criminalità organizzata, rideterminatasi attraverso l'attività spontanea nei confronti del terrorismo internazionale, sono ora normativamente estese anche a questo ambito.

Il rafforzamento dell'ufficio della procura, attraverso una forte gerarchizzazione ed un incremento dei poteri di direzione da parte del procuratore capo, è a fondamento della proposta di riforma di ordinamento giudiziario, inserita dal Ministro di giustizia nel programma del Ministro, che dedica solo un accenno al giudice prevedendo che i magistrati al termine del tirocinio non possano svolgere funzioni di gip o di gup anteriormente alla prima valutazione di professionalità.

Va altresì tenuto conto che è fallito il tentativo di una comune cultura tra gli operatori di giustizia (ognuno tende a formare la propria categoria professionale), che si intende riformare le modalità di reclutamento dei magistrati, che già operano gli *stages* presso gli uffici giudiziari; che non si parla più di concorso di secondo grado.

## 5. Separazione

Di fronte a tutti questi dati, basta quanto attualmente previsto dalla legge di ordinamento giudiziario?

All'unicità dell'accesso, si accompagna la comune partecipazione all'Associazione nazionale magistrati ed al Consiglio Superiore della Magistratura, nel contesto d'un'accentuazione della sindacalizzazione (stipendi e ferie) e del contributo che l'unità assegna al peso "politico" della categoria.

Il problema è costituito dalla cultura dell'accusa. Anche pochi richiami, fra i tanti prospettabili, possono essere sufficienti. Il dato, infatti, è emerso dalla ideologia sottesa alla motivazione di C. cost. n. 26 del 2007, in tema di incostituzionalità della legge Pecorella, sui limiti all'appello del p.m. ove si è parlato di "totale soccombenza" dell'accusa in caso di proscioglimento dell'imputato in primo grado; da un recente ampio progetto di riforma processuale, connotato da una forte matrice autoritaria; dalle ricadute emerse dalla presidenza (di un *ex p.m.*) di una sezione della Cassazione che ha visto crescere in maniera esponenziale le declaratorie di inammissibilità, (spesso) tese solo ad impedire la maturata prescrizione.

Non pare, del resto, che i paventati gravi pericoli di una riforma ordinamentale possano ritenersi concreti.

Al di là delle ricadute – ora difficilmente valutabili dalle possibili implicazioni della ipotizzata riforma costituzionale – non paiono significative le considerazioni svolte sia in relazione all'indebolimento del p.m., sia all'opposto quelle che ne temono un rafforzamento. Inoltre, non colgono nel segno neppure le considerazioni sulla possibile perdita da parte del p.m. della cultura della giurisdizione e quella legata al depauperamento culturale per la mancanza di circolazione delle esperienze diverse.

La separazione, comunque attuata, si impone sia se il p.m. involve il suo ruolo in senso inquisitorio, risultando necessario allontanare il giudice – garante della giurisdizione – dal *background* culturale dell'accusa, sia nel caso in cui il ruolo del p.m. dovesse evolversi, dovendo comunque differenziarsi e non identificarsi nel giudice.

## 6. Ordinamento e processo

Il problema del processo penale è il giudice. Appare oltremodo significativo che con la recente riforma delle misure cautelari (l. n. 47 del 2015) il legislatore sia stato “costretto” a scrivere nel codice di procedura penale all’art. 292 c.p.p. che il giudice debba fare oggetto di “autonoma” valutazione alcuni elementi posti a fondamento della richiesta delle misure cautelari da parte del pubblico ministero (e fors’anche della polizia giudiziaria).

Siamo arrivati al punto di chiedere al giudice di svolgere il suo compito, cioè di essere giudice.

In realtà, al di là dei ruoli, giudici e p.m. hanno oggi una comune visione del processo. Al di là dei ruoli, che una separazione potrebbe contribuire a differenziare, allontanando il giudice dalla cultura dell’accusa, i crittotipi sottesi alla loro cultura giuridica ed alla loro visione del processo sono orientati secondo una visione diversa da quella d’un processo pienamente ispirato ai valori costituzionali, profondamente interpretati e interiormente vissuti.

Nessuno dimentica il forte tasso di illegalità – con le negative conseguenze anche in tema di tenuta della coesione sociale - che il Paese giornalmente manifesta.

Tuttavia, non sembra essere compito del processo – o solo del processo – arginare queste derive.

Ordinamento e processo. Processo e ordinamento.

Resta, cioè, ineludibile ribadire con forza la richiesta d’una riforma processuale che si faccia carico di ripristinare quel modello processuale che la giurisprudenza costituzionale ha affossato. Il giusto processo non basta, perché non ha riportato le lancette a quel processo che dovrebbe essere possibile veder realizzato nel nostro Paese.

È necessaria una profonda opera culturale, perché le riforme non si possono calare dall’alto, dentro una società che non sia disposta a dividerle.