

IL CODICE DEL 1988 TRA INVOLUZIONI E DEVIAZIONI

1. Non esiste il processo; esistono i processi. Dipende da come si compongono i poteri delle parti dentro il percorso procedimentale.

Il processo penale quindi si struttura in modelli ed entro i modelli può ancora articolarsi secondo binari diversificati in relazione alle emergenze che si devono affrontare.

Distribuire il potere è fatto politico ed è legato alla democrazia di un Paese. Chi ha il potere non vuole perderlo. Basterebbe pensare alla forte contrapposizione tra potere politico e magistratura nel caso Abu Omar, che rappresenta il punto più alto della contrapposizione che ha visto coinvolto Parlamento, Cassazione, Corte costituzionale, Procura. In effetti le garanzie, come dice Riccio, sono divisive e dare ad uno significa togliere ad un altro.

Si potrebbe pensare che il sistema debba adeguarsi in alto, seguendo le interpretazioni conformi alla Carta costituzionale ed alle regole sovranazionali. Non solo l'accesso alle Corti è spesso filtrato, ma si assiste - quasi sempre - a lettura al ribasso, con forte propensione alla conservazione dell'esistente.

In realtà, con riferimento al procedimento penale, si contrappongono da sempre due visioni: a) il processo penale accerta nel rispetto di certe regole se un fatto è avvenuto e se una persona lo ha commesso; b) il processo penale è finalizzato ad accertare se un fatto è avvenuto e se una persona lo ha commesso.

Apparentemente uguali le due previsioni rappresentano due mondi, due modi diversi di interpretare il ruolo del processo penale.

È evidente che il fenomeno della criminalità organizzata e del terrorismo finiscono per orientare le scelte legislative nella seconda direzione, quella del finalismo processuale.

2. Con riferimento alle vicende che hanno interessato il processo penale italiano va sottolineato come il progetto culturale e politico del nuovo codice non sia stato condiviso. Ci sono state molte involuzioni e anche molte deviazioni. Si pensi che il codice del 1988 è nato sulla base del principio di

oralità e che il codice attuale è tutto articolato sulla diversa filosofia del contraddittorio, il cui termine non figurava nella legge delega del 1987. Ne sono risultate e ne risultano “tensioni” interpretative in tema di divulgazione degli atti; di immediatezza della prova da parte degli stessi giudici del dibattimento; di poteri officiosi probatori; di termini di durata delle indagini; di ruolo dell’udienza preliminare.

Non sono mancate carenze percettive come in tema di misure cautelari reali, di sottovalutazione del ruolo della *cross-examination*, privata di ogni profilo sanzionatorio in caso di mancato rispetto delle regole; del ruolo della sentenza di patteggiamento; solo per citare le situazioni più eclatanti.

3. Lo stato attuale dell’evoluzione del processo penale evidenzia un esaurimento della spinta garantista culminata nella riforma del giusto processo e dello spostamento del *focus* dell’attenzione del legislatore dall’imputato alla vittima anche diffusa.

Un altro dato è costituito dal contesto della crisi economica, dell’insicurezza dilagante che richiede interventi securitari, repressivi, sanzionatori.

Un altro elemento è costituito dalla marginalità della dottrina che la politica non è interessata ad intercettare.

Ulteriormente va considerata la scarsa qualità dell’azione legislativa nei cui interstizi e nelle cui discrasie si inserisce l’opera giurisprudenziale.

Va ancora sottolineata una certa opacità e rassegnazione dell’avvocatura incapace d’una seria azione che non superi l’atteggiamento difensivo.

In questo contesto si inserisce il ruolo dinamico della magistratura sia associata sia di singoli magistrati, alcune volte assunti – questi ultimi – a vere e proprie icone con atteggiamenti e peso assolutamente debordanti.

Prescindendo da quest’ultimo aspetto, va sottolineato come nel riferito paludoso contesto generale, sulla spinta delle emergenze, delle paure, delle angosce singole e collettive, la magistratura cerca di garantire efficienza al sistema, sicuramente non efficiente. Non si tratta, tanto, di interpretare il sistema, ma piuttosto della tendenza alla costruzione del modello, attraverso la creazione del diritto. Un ruolo dinamico in questa direzione è svolto dalle Sezioni Unite e dall’Ufficio del massimario, capaci di dare il “la” all’intera giurisdizione.

4. Sono numerosi gli strumenti – anche suscettibili di intersecarsi e riconnettersi – attraverso i quali la giurisprudenza ha rimodellato e rimodulato il processo penale. Per i cultori della materia, basterà farvi riferimento, risultando le ricadute facilmente intellegibili.

Si può, invero, far riferimento alla riscrittura delle cause di inammissibilità per precludere l'operatività della prescrizione; all'uso delle misure cautelari reali attraverso un ridimensionamento dei presupposti operativi; alla preferenza per il rito camerale scritto non partecipato rispetto a quello orale; ai termini ordinatori rispetto a quelli perentori; alla sanatoria delle nullità; al flessibile tempo dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato; all'esclusione di ricostruzioni alternative nel rispetto della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio; alla visione sostanzialistica delle previsioni normative rispetto a quella formale; all'imposizione di oneri dimostrativi e allegativi a carico della difesa; alle prove di resistenza delle argomentazioni motivazionali rispetto alla caducazione di alcuni elementi invalidi; all'uso delle prove atipiche per eludere le garanzie di quelle tipiche; all'uso strumentale delle qualificazioni giuridiche per far rientrare le richieste nelle previsioni normative, ritenendo poi irrilevanti le derubricazioni anche con proiezione retroattiva; all'uso ampio delle imputazioni e alla loro dimensione probatoria; alla resistenza alle indicazioni della giurisprudenza sovranazionale.

5. Sullo sfondo restano alcune linee lungo le quali il sistema si sta sviluppando. Una prima significativa linea è costituita dal recupero dell'integrazione del diritto penale e del diritto processuale penale. Ne sono indici significativi le previsioni in tema di condotte riparatorie, di tenuità del fatto, della sospensione e messa alla prova.

Un'accentuazione dell'uso mediatico dell'attività investigativa diretta ad orientare l'opinione pubblica convalidandone l'ipotesi accusatoria. Una propensione della procura all'anticipazione delle fattispecie incriminatrici, attraverso una dilatazione del significato delle previsioni esistenti costringendo il legislatore a rincorrere la costruzione fattuale già "normata" in via di interpretazione. Si tratta di quella logica che va ricondotta nella formula che parla di "governo della modernità". Non va trascurata la nuova frontiera della prevenzione patrimoniale, vera alternativa inquisitoria del processo penale.

Appare difficile conservare una briciola di ottimismo. Ho paura di andare a Berlino; temo di non trovare nessuno.

GIORGIO SPANGHER