

RIFLESSIONI SULL'ARTICOLATO DEGLI EMENDAMENTI AL DDL AC 2435 PROPOSTI DALLA COMMISSIONE
LATTANZI

Pur se bisogna essere consapevoli del ridotto lasso di tempo concesso per ultimare la riforma del processo penale al fine di utilizzare le risorse finanziarie destinate all'Italia dall'Unione europea, non si possono non esprimere le proprie perplessità per la mancata rinnovazione profonda di sistema che potrebbe verificarsi con l'approvazione degli emendamenti al Disegno di legge AC 2435 per come articolati dalla Commissione Lattanzi, ma già in corso di rielaborazione. Anche se qualche luce nel testo licenziato da siffatta Commissione, come si dirà, non manca¹.

La riflessione in proposito può attestarsi su diversi fronti.

Sul versante delle indagini preliminari, l'assestamento proposto con l'introduzione di nuovi termini per le investigazioni in dipendenza della natura dei reati induce a pensare che pur con le possibili proroghe si mancherà l'occasione di introdurre una nuova filosofia dell'impiego dei tempi delle indagini che, da un lato, non costringa gli operatori a cessare la loro attività accertativa alla scadenza del termine – pur prorogato – che non sia stato sufficiente a completare la ricostruzione del fatto e, dall'altro lato, faccia intendere che il percorso delle investigazioni non sia quello di una monolitica fase che non lasci spazio al ricorso a fasce di contraddittorio con l'imputato magari posponendo – se possibile - le investigazioni a quelle attività in contraddittorio con il prevenuto o addirittura al correre parallelo – in certi casi – delle indagini segrete e dell'inventio probatoria aperta alla partecipazione dell'accusato.

In altra sede², si è cercato di dimostrare che introducendo, al posto della odierna tripartizione fasica, un'intersecazione di stadi probatori ed investigativi nell'ambito di un'unica fase, il tempo delle investigazioni può aprirsi come quello delle odierne prove dibattimentali ad un decorso non limitato da termini complessivi – così da non essere sottoposto ad un termine di chiusura delle investigazioni per il caso in cui le stesse non fossero terminate anche a seguito della proroga – e contestualmente può essere controllato meglio che in una fase in cui l'organo d'accusa gestisca solipsisticamente e discrezionalmente i momenti di intervento concreto se solo si imponga al pubblico ministero di inoltrare le sue richieste di accertamento ad un giudice delle indagini che stabilisca per ogni accertamento non solo quanto tempo occorra per il suo perfezionamento – salva proroga – ma anche se serva o meno, rispetto all'attività inventiva domandata, la dimensione segreta dell'indagine o, in alternativa, se si possa consentire l'effettuazione dell'operazione euristica nel contraddittorio con l'imputato in un ambito probatorio da celebrare direttamente dinanzi ad un giudice delle prove.

Il supposto giudice delle indagini, oltre a controllare il tempo della singola indagine e il tipo di dimensione in cui collocare l'accertamento richiesto (se segreta o aperta al contraddittorio con l'imputato), potrebbe addirittura stabilire se posporre il momento investigativo ad un'attività probatoria in contraddittorio con l'accusato o ancora disporre un andamento parallelo di investigazioni e prove.

¹ Non si tiene conto nel presente scritto delle modifiche all'articolato licenziato dalla Commissione Lattanzi che nel frattempo sono intervenute nel passaggio del medesimo in Consiglio dei Ministri; e ciò per l'indisponibilità del nuovo testo scritto a tutt'oggi 12.7.2021.

² Cfr. il nostro *Il processo penale monofasico*, Torino, 2020, passim

In questo modo si otterrebbe un risparmio di formalità non solo di natura temporale – in quanto si eliderebbero i tempi morti che oggi non occupa il pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari nel passaggio da un accertamento segreto all'altro – ma anche di tipo quantitativo perché non si duplicherebbero le attività investigative quando non fosse necessario prima svolgerle in segreto e poi ripeterle nel confronto dialettico con il prevenuto potendosi – se ne fosse il caso (si pensi all'inutilità della segretezza di un'assunzione di informazioni su circostanze già note all'accusato da parte di una fonte di prova non inquinabile dall'indagato come un verbalizzante) - subito procedere al loro esperimento con la partecipazione del prevenuto.

Sul versante dell'azione, nel progetto della Commissione Lattanzi correttamente si ipotizza l'attribuzione al Parlamento del potere di stabilire i criteri di priorità, ma in proposito va sottolineato che il momento creativo, perché politico, per determinare in concreto per quali addebiti procedere prioritariamente non è scongiurato dall'intervento legislativo in quanto esso riaffiorerebbe nel momento attuativo del criterio legale. A tal proposito, va sottolineato che l'applicare e non solo lo stabilire – come sembrerebbe, invece, proporre la Commissione Lattanzi - i criteri di priorità non è affare del solo pubblico ministero, ma anche del giudice, perché se la discrezionalità controllata in base ai suddetti parametri entra nella dimensione legale, a questo livello si sviluppano delle fattispecie di prioritario esercizio dell'azione penale che impongono il controllo da parte del giudice dell'eventuale inerzia conseguente alla distorta applicazione dei supposti criteri da parte del pubblico ministero; e ciò per rispettare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che stabilendo la necessità di controllo – da noi di tipo giurisdizionale – dell'esercizio dell'azione penale, esprime una situazione compatibile anche con forme di esercizio di discrezionalità temperata da criteri di coltivazione della domanda di giudizio fissati dalla legge, in una dimensione di doverosità che allontana l'azione penale dalla pura ed incontrollata opportunità politica.

Se, allora, rispetto al momento di controllo dell'applicazione si pone il problema dell'intervento del giudice rispetto all'azione effettuato dal pubblico ministero, diventa legittimo discutere anche in ordine all'azione penale del possibile intervento di quell'organo politico-giurisdizionale – ausiliario rispetto al giudice –, da me in altra sede denominato “giuria elettiva di esperti”³, che sollevando l'organo giudicante dai compiti di discrezionalità valutativa delle situazioni da affrontare politicamente al di fuori delle evidenze riconducibili all'applicazione di limiti tipici insiti nella legge, impedisca che il giudice incorra in interpretazioni creative laddove si tratti di adeguare la legge al fatto concreto.

L'organismo in questione, pur dovendo – in quanto di natura politica – essere legittimato consensualmente (sia pure attraverso una nomina parlamentare) dovrebbe essere composto da esperti che in quanto tali – senza ragionare esclusivamente in base al senso comune (a differenza che negli ordinamenti anglosassoni) – devono conoscere le norme del sistema per far sì che le delibere da adottare nell'ambito della supposta giuria non confliggano con i limiti tipici della normativa rilevante rispetto al caso concreto ed in questo modo non si sottragga al giudice tradizionale lo spazio di giudizio sulle evidenze tipiche della legge.

Ulteriore riflessione si può articolare sulle regole di giudizio proposte nel progetto in esame per l'azione concreta e per il passaggio dall'udienza preliminare al giudizio. Le si ancorano alla sussistenza di una previsione di condanna.

Ebbene, in proposito va detto che già le attuali valutazioni interlocutorie sulla regiodicanda connesse ad una verifica aperta alla previsione di possibili integrazioni istruttorie rappresentano dei pregiudizi che pesano sull'ulteriore corso del processo. Nell'articolare si muove, infatti, pur sempre dal

³ Vedi in nostro *La “giuria elettiva di esperti” nel processo penale*, Torino, 2017, *passim*

presupposto che la verifica dell' idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l' accusa in giudizio sottintenda il fatto che sostenendo sulla scorta dello stesso materiale l' accusa in giudizio, in mancanza di ulteriori elementi da raccogliere in dibattimento, si dovrebbe arrivare alla condanna (nel che consiste la concretezza dell' azione).

Per quanto concerne, allora, nell' articolato oggetto di analisi l' esclusione di ragioni di dubbio che si preveda possano essere superate con successive integrazioni istruttorie ai fini del passaggio alla fase successiva, vi è da dire che il pregiudizio per l' ulteriore corso del processo connesso a siffatto tipo di valutazione si mantiene.

Perciò, in altra sede⁴ si è proposto di sostituire l' azione concreta con quella astratta da collocare all' inizio di tutto l' iter accertativo (comprensivo di indagini e prove) nella dimensione monofasica del processo e, con l' abolizione dell' azione concreta, di far venir meno anche la ragion d' essere dell' udienza preliminare. Peraltro, nell' idea di riforma in direzione monofasica non si esclude la valutazione della superfluità del passaggio allo stadio probatorio all' avvenuto completamento dell' iter accertativo di natura investigativa (rispetto al quale bisogna tener conto comunque delle fasce di contraddittorio con l' imputato che fin dall' inizio del processo siano possibili e doverose), ma se ne neutralizza la carica pregiudizievole sul percorso successivo del giudizio perché si inseriscono nel sistema dei dispositivi che impediscono al giudice delle prove di presumere che nello stadio investigativo pregresso si siano completate le indagini e conseguentemente si possa essere valutata positivamente l' utilità del passaggio al momento probatorio.

Siffatta situazione sarebbe sostenuta da un dovere di segretezza dei soggetti dell' investigazione circa l' effettuazione in concreto della valutazione dell' utilità del successivo stadio probatorio, mentre sarebbe interesse dell' accusato non rivelare al giudice delle prove il fatto che un giudice dello stadio pregresso abbia stabilito l' inesistenza dei presupposti di un non luogo a procedere con conseguente determinazione della utilità del passaggio alla frazione probatoria del processo.

Ulteriormente, una riflessione merita il punto dell' articolato della Commissione Lattanzi dedicato alla rinnovazione dell' istruttoria a seguito di mutamento del giudice del giudizio.

In proposito, si propone di effettuare la rinnovata acquisizione delle prove a richiesta e nel caso di disponibilità di videoregistrazioni, di consentire la rinnovazione solo quando esistano particolari esigenze in merito.

Ebbene, se si muove dall' idea che il giudice del dibattimento per essere fino in fondo terzo debba limitare la sua operatività nel giudizio ad un esclusivo controllo logico-formale – anche quanto interviene ufficiosamente in sede probatoria – (e la dimostrazione del fatto che questo concetto di terzietà sia insito nel sistema – almeno a livello codicistico - in relazione ai poteri del giudice dibattimentale è stata fornita in altra sede⁵), bisogna subito aggiungere che, rispetto alla dimensione analogica e non “numerica” o “linguistica” della prova, il giudice, per mantenersi neutro rispetto alla pluralità di possibili interpretazioni del profilo analogico dell' avvenimento probatorio, ed attestarsi sul solo rilievo dei significati evidenti ed incontestabili che gli consentano di conservare l' atteggiamento - che gli compete - di organo deputato al solo controllo falsificazionista di tipo deduttivo, non ha bisogno di operare di nuovo una immediata esperienza sensoriale rispetto all' evento istruttorio. Infatti, il momento “numerico” o “linguistico” della

⁴ Cfr. il nostro *Il processo penale monofasico*, cit., *passim*

⁵ Vedi il nostro *La flessibilità dell' immediatezza per il vincolo al contraddittorio della formazione delle massime d' esperienza*, in corso di pubblicazione sul n.5 del 2021 di *Processo penale e giustizia*

prova – che è l'unico da tener presente per consentire al giudice di mantenersi terzo nel senso suddetto (laddove la formazione delle massime d'esperienza e la valutazione della dimensione analogica deve, invece, rimanere nella disponibilità delle parti, come si è dimostrato in altra sede⁶) – può convenientemente essere espresso anche dalla verbalizzazione ed a maggior ragione dalla videoregistrazione.

In tal senso, pur ammettendo che sia diritto delle parti la ricreazione delle condizioni della primigenia esperienza sensoriale dell'avvenimento probatorio, quando non esista una traccia bastevole del portato del primo rapporto immediato con la fonte di prova escussa – in ipotesi per insufficienza della verbalizzazione (nell'ambito della quale in altra sede⁷ però si è ritenuto che il complesso delle specifiche puntualizzazioni del contenuto "linguistico" o "numerico" dell'attività euristica svolta offrirebbe materiale di valutazione sufficiente all'analisi deduttiva del nuovo giudice) – appare condivisibile la scelta di cui alla proposta della Commissione Lattanzi di limitare la rinnovazione dell'attività istruttoria dinanzi al giudice subentrato nel caso in cui si disponga della videoregistrazione del pregresso evento probatorio subordinandola ad esigenze particolari (che potrebbero, poi, essere costituite anche dai soli fatti secondari inerenti alla prova della credibilità della fonte escussa in precedenza); e ciò perché il *proprium* del sindacato del giudice sull'avvenimento probatorio deve riguardare solo ciò che si possa interpretare in prospettiva di evidenza e, quindi, non la dimensione analogica, bensì solo quella "numerica" o "linguistica" della prova in cui bisogna sforzarsi di tradurre – nei limiti del possibile – pure i profili pulviscolari e, cioè, analogici degli eventi istruttori.

Sul versante delle modifiche alla risposta sanzionatoria dello Stato al crimine, appare, poi, sicuramente lodevole la incentivazione dell'attività mediativa, ma considerando anche l'apertura di quest'ultima al settore dei reati gravi, bisognerebbe cogliere l'occasione per introdurre una mediazione non solo con i soggetti tradizionali a cui si è sempre pensato che dovesse rivolgersi l'esperienza conciliativa e che nell'ottica della proposta qui commentata sono riannodati alla ricalibrata nozione di vittima del reato, bensì anche con enti rappresentativi di interessi diffusi lesi dal delitto.

In altra sede⁸ si è chiarito che la mediazione con enti di tal fatta avverrebbe non per effettuare – come nella classica risposta giurisdizionale – un bilanciamento di tutti gli interessi sociali coinvolti, bensì per difendere specifici interessi anche quando la titolarità dei medesimi si debba riannodare a tutta una comunità di consociati e non solo a specifici settori della stessa.

Inoltre, si è precisato che oltre al consenso dei soggetti della mediazione, a tutela dei valori fondanti dello Stato costituzionale, il percorso mediativo alternativo al tradizionale rapporto tra legalità e giurisdizione con enti rappresentativi di interessi diffusi presuppone che al di fuori dell'attuazione di fattispecie chiuse e della formulazione di un puntuale giudizio di fatto sui presupposti di quelle norme, all'autorità giurisdizionale comunque si imponga di verificare – attraverso un'ipotetica omologa – la salvaguardia dei diritti fondamentali operata con bilanciamenti del caso concreto. Questi, per essere posti in essere nell'ambito di un controllo statale elastico sottratto al tradizionale rapporto tra fatto e fattispecie, dovrebbero passare per giudizi di fatto ipotetici e per verifiche delle prassi dominanti di

⁶ Vedi il nostro *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, passim e *La flessibilità dell'immediatezza per il vincolo al contraddittorio della formazione delle massime d'esperienza*, cit., loc. cit., passim.

⁷ Vedi, il nostro *La flessibilità dell'immediatezza per il vincolo al contraddittorio della formazione delle massime d'esperienza*, cit., loc. cit., passim

⁸ Cfr. il nostro *Mediazione con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi*, in *Dir. pen. e processo 2013*, 591 ss.

valutazione delle ricadute valoriali di quei diritti fondamentali. In tal modo, la prova delle aspettative sociali dominanti, da un lato, rende flessibile il controllo e l'autorizzazione di condotte riparatorie in relazione a valori non irrigiditi in fattispecie chiuse, dall'altro lato, individua nella loro oggettività le aspettative seguite dalla maggioranza dei consociati e, perciò, non sottrae il giudice alla guida legale. Questa, infatti, potrebbe tradursi appunto nel precetto di evidenziare casisticamente i valori dominanti in una determinata comunità e di correlarvi in modo non arbitrario e, cioè prevedibile le condotte riparatorie esaltate dall'attività mediativa. Peraltro, non sarebbe leso nemmeno il principio di uguaglianza da siffatto tipo di mediazione con enti rappresentativi di interessi diffusi per la grande varietà di possibili risposte riparative che differenzerebbe nella sostanza e nel trattamento le situazioni delittuose a cui rispondere.

A ciò dovrebbe aggiungersi l'affermazione secondo cui se non fosse possibile ottenere la prova incontestabile delle aspettative sociali dominanti quanto alle ricadute valoriali dei diritti fondamentali da salvaguardare e bilanciare – per il dubbio persistente sulla prevalenza di un modo di intendere le stesse rispetto ad altri tipi di valutazione – si dovrebbe innescare il ricorso a quell'organismo politico-giurisdizionale di cui si è detto (la denominata “giuria elettiva di esperti”) che con la legittimazione del consenso dei consociati fissasse – deliberandola - la prassi valutativa a cui dare prevalenza.