

Marcello Daniele

*La crisi del codice di procedura penale:
un fenomeno irreversibile?*

SOMMARIO: 1. Un cantiere sempre aperto – 2. L'esigenza di disincentivare le distorsioni applicative – 3. La decadenza del *drafting* legislativo – 4. La congenita imprecisione delle norme europee – 5. Governare il diritto giurisprudenziale

1. *Un cantiere sempre aperto*

Il codice di procedura penale, che rappresenta tuttora la principale fonte del diritto processuale penale, versa in uno stato di profonda crisi, sottoposto ad una costante erosione da parte della giurisprudenza. Sono innumerevoli i casi in cui le norme del codice restano lettera morta o, peggio, vengono integrate o addirittura sostituite dal diritto vivente.

Intendiamoci: non esiste e, con ogni probabilità, non esisterà mai un codice in grado di regolamentare ogni aspetto del processo penale. Il motivo sta, molto semplicemente, nei difetti intrinseci del linguaggio umano. Per quanto si possa sforzare, nessun legislatore sarà mai in grado di creare norme perfette, come pensavano ingenuamente gli Illuministi. È inevitabile che le prescrizioni legislative, per definizione formulate in termini generali ed astratti, presentino un certo margine di incompletezza o, comunque, di ambiguità. La realtà è troppo complessa per poter essere incasellata in modo esaustivo dalla legge. Ci saranno sempre situazioni tali da sfuggire al codice, e che dovranno quindi essere regolate dalla giurisprudenza, talvolta anche senza l'ausilio di un sia pur minimo supporto testuale.

Stiamo parlando di imperfezioni congenite e, quindi, in un certo modo fisiologiche. La crisi del codice, però, è ben più profonda ed ha un segno inequivocabile. Alludo agli incessanti mutamenti che l'hanno contraddistinto fin dalla sua entrata in vigore, in tutte le sue parti più rilevanti: dalla disciplina delle indagini preliminari, del dibattimento e delle impugnazioni, per arrivare fino alle norme sui riti speciali e sulle misure cautelari. Da ultimo, non pochi articoli sono stati rivisitati o aggiunti *ex novo* dalla c.d. 'riforma Cartabia'¹; e, senza aver neppure valutato l'impatto applicativo delle

¹ L. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

nuove modifiche, già si inizia a ragionare su ulteriori interventi².

Siamo di fronte, evidentemente, ad un legislatore debole e in affanno, che tenta ormai da decenni di inseguire ed ingabbiare una realtà che non riesce a dominare. La domanda che dobbiamo porci è se esistano dei rimedi; se vi sia, cioè, un modo per frenare la crisi del codice, o se, al contrario, si tratti di un fenomeno irreversibile.

2. *L'esigenza di disincentivare le distorsioni applicative*

Da un certo punto di vista, un margine di manovra per ovviare alla crisi c'è. Mi riferisco alle situazioni in cui il codice funziona male non per come è scritto, ma per il modo in cui viene letto da chi è chiamato ad applicarlo.

A volte, cioè, le norme di legge appaiono sufficientemente chiare; eppure, la giurisprudenza trova il modo di eluderle. La ragione, spesso, è comprensibile, in quanto è legata all'esigenza di scongiurare la vanificazione della pretesa punitiva determinata dalla prescrizione del reato indotta dall'eccessiva durata delle attività procedimentali. Si tratta, in questi casi, di una forma di auto-difesa del potere giudiziario, che, nel contesto di un sistema processuale patologicamente congestionato, percepisce alcune norme processuali come portatrici di garanzie sproporzionate. Ciò perché le vede come prescrizioni tali da imporre inutilmente il rispetto di forme magari anche complesse, senza che ne derivi un reale vantaggio per i diritti o i valori che ne stanno a fondamento.

Valga, per tutti, il caso dell'art. 525 comma 2 c.p.p.; il quale richiede che, a pena addirittura di nullità assoluta, alla deliberazione della sentenza concorrano gli stessi giudici che hanno 'partecipato' al dibattimento (c.d. 'immutabilità' del giudice dibattimentale).

La norma, che risponde all'esigenza di preservare il principio di oralità-immediatezza, ai sensi del quale i giudici chiamati a decidere sulla colpevolezza dell'imputato dovrebbero assistere all'assunzione orale delle testimonianze in giudizio, mi pare inequivocabile. Chi ha esperienza della realtà delle aule giudiziarie, tuttavia, sa bene come essa sia stata trasfigurata dalla prassi.

Tutto deriva dai frequenti trasferimenti dei magistrati da un ufficio all'altro; un fenomeno dovuto ai motivi più diversi, e per colpa del quale non è inusuale che uno o più dei membri del collegio giudicante assistano solo

² Come dimostra la 'Commissione per la riforma del processo penale' istituita dal Ministro della Giustizia, Carlo Nordio, con d.m. del 5 maggio 2023.

ad una parte del dibattimento, per poi essere collocati in un'altra sede.

In ipotesi del genere, la via maestra per non incorrere nella nullità assoluta della sentenza dovrebbe essere la riassunzione orale delle prove di fronte al nuovo giudice. È chiaro, però, che la rinnovazione, sia pure parziale, dell'istruzione dibattimentale allungherebbe i tempi. Inoltre, non va nascosto che essa rischia di concretizzarsi in un'attività inutile: i testimoni, richiamati nuovamente a deporre, potrebbero non avere più un ricordo dei fatti sufficientemente nitido, limitandosi a richiamare le dichiarazioni già rese di fronte al vecchio giudice.

Ciò spiega perché la giurisprudenza sia arrivata ad indebolire di non poco la portata dell'art. 525 comma 2 c.p.p. Stando alla sentenza *Bajrami* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in caso di mutamento del giudice dibattimentale, la rinnovazione orale dell'istruzione probatoria non sarebbe un diritto, ma andrebbe disposta solo in presenza di specifiche e motivate ragioni addotte da chi la richiama, in grado di dimostrarne la reale necessità³.

Si capisce la finalità di una lettura del genere, specie quando la sua adozione sia l'unico modo per concludere il processo prima che intervenga la prescrizione del reato. Ma non si può negare che ci troviamo davanti ad una forzatura. «Specifiche esigenze» ai fini della rinnovazione orale dell'istruzione dibattimentale sono richieste dall'art. 190 *bis* c.p.p. in via eccezionale, solo in rapporto ai procedimenti per i reati espressamente elencati. La sentenza *Bajrami* generalizza indebitamente tale prescrizione, trasformando l'eccezione in regola⁴.

Esiste la possibilità di disincentivare queste forme di aggiramento delle prescrizioni codicistiche? Sarebbero necessari interventi legislativi radicali, capaci di eliminare a monte le cause di inefficienza della macchina processuale. In particolare, nel caso di un sistema che, come il nostro, vorrebbe essere improntato al modello accusatorio, la legge dovrebbe riuscire ad assicurare la precondizione indispensabile affinché il principio di oralità-immediatezza operi al meglio: vale a dire, la celebrazione del dibattimento ad una non eccessiva distanza di tempo dalla commissione dei fatti.

Non è una strada facile, sia chiaro. Si dovrebbe partire da una ricognizione delle attività procedurali che, specie nella fase anteriore al dibattimento, non risultano in grado di assicurare delle reali forme di tutela, per ridurne il più possibile l'ambito operativo (fino ad arrivare, laddove neces-

³ Cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, n. 41736.

⁴ Cfr. M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. pen.*, 2021, f. 2, p. 56 s.

sario, alla loro soppressione). Allo stesso tempo, si dovrebbero individuare e preservare le garanzie che, invece, possiedono una reale pregnanza. Il contrario, purtroppo, di quello che ha fatto la riforma Cartabia; la quale, anziché semplificare, ha ritenuto di appesantire i controlli giurisdizionali esercitabili nei confronti degli organi inquirenti⁵ e, con riguardo al problema del mutamento del giudice dibattimentale, ha puntato tutto su un surrogato dell'oralità-immediatezza: la visione, da parte del nuovo giudice, della videoregistrazione delle precedenti deposizioni dibattimentali⁶.

La soluzione è senz'altro preferibile rispetto a quella adottata dalla decisione *Bajrami*, ma è piena di incognite. Dal punto di vista dell'efficacia cognitiva, l'assistenza dal vivo alla raccolta orale di una testimonianza non ha paragoni; è inevitabile che il mezzo audiovisivo filtri ed alteri la percezione delle domande e delle risposte, con il rischio di perdere elementi fondamentali ai fini del giudizio di credibilità del dichiarante. Ci sono, inoltre, alcuni aspetti dell'art. 495 comma 4 *ter* c.p.p. suscettibili di originare dubbi interpretativi. Non è chiaro, in particolare, se la visione della videoregistrazione da parte del nuovo giudice debba avvenire in udienza, o si possa svolgere in camera di consiglio. E, comunque, non è possibile dare per scontata la presenza, in tutti gli uffici giudiziari, di idonei impianti audiovisivi.

3. *La decadenza del drafting legislativo*

Fin qui abbiamo considerato le distorsioni giurisprudenziali che, perlomeno in teoria, potrebbero essere corrette. Se, tuttavia, si cambia angolo visuale, c'è da essere meno ottimisti in merito alla possibilità di rimediare alla crisi del codice.

Anzitutto perché, se osserviamo le varie modifiche che, specie nel corso degli ultimi anni, hanno investito le norme processuali penali, è difficile non pensare che la crisi investa la stessa tecnica legislativa, ossia il modo in cui le norme legislative sono concepite e formulate.

⁵ Si pensi ai nuovi meccanismi di controllo sull'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e sul rispetto dei termini per concludere le indagini: v. P. FERRUA, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. del dir.*, 2023, p. 241 s., nonché *infra*, § 3.

⁶ In forza del comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p., «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva».

Qui assumono un peso decisivo le caratteristiche della società contemporanea, contraddistinta da un estremo pluralismo, in cui i gruppi di pressione più diversi riescono a trovare rappresentanza all'interno degli organi politici. In un contesto del genere, grazie anche alle infinite possibilità di interazione offerte dall'informatica, le norme legislative sono sempre più un prodotto collettivo, analogamente a quanto avviene in altri ambiti⁷.

Il che significa che molti più attori hanno la possibilità di partecipare alla loro redazione, perfino arrivando a modificarle in modo incontrollato, con modalità tali da rendere impossibile individuarne la reale paternità. Il risultato, come è facile immaginare, è spesso scadente dal punto di vista qualitativo. Dando uno sguardo a diverse delle ultime modifiche introdotte nel codice di procedura penale, si ha la sensazione di prescrizioni scritte in modo incoerente o, comunque, scoordinato⁸.

La decadenza del *drafting* legislativo emerge con chiarezza proprio dalla riforma Cartabia: la quale, nel dichiarato intento di incrementare l'efficienza, avrebbe dovuto semplificare il processo penale, preferibilmente snellendo il codice; e invece lo ha ulteriormente gonfiato, perlopiù procedendo per addizione e non per sostituzione. Così appesantito, è diventato un codice ancora più difficile da leggere; ed è chiaro che più le norme legislative sono articolate e complesse, più aumentano i margini per la giurisprudenza per interpretarle e, magari, sovvertirle, raggiungendo conclusioni lontane da quelle immaginate dal legislatore.

Si pensi ai già menzionati meccanismi di controllo del rispetto dei termini massimi per concludere le indagini e decidere se esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione del procedimento. A fronte dell'estrema difficoltà pratica di azionarli, la riforma ha ritenuto di rafforzarli ulteriormente, introducendo un complesso reticolo di stimoli per il pubblico ministero, fino ad arrivare ad una *discovery* forzata degli atti indagine a favore della difesa⁹. Ma le nuove norme sono formulate in modo talmente artificioso e complicato che non ci sarebbe da stupirsi qualora non venissero

⁷ Si pensi alle voci enciclopediche rinvenibili su *wikipedia*, redatte da un numero imprecisato di autori anonimi.

⁸ È il caso, ad esempio, dell'art. 115 *bis* c.p.p. (introdotto dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188), il cui comma 1 (relativo alla tutela della presunzione di innocenza nei «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato») si sovrappone parzialmente al comma 2 (che concerne i «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza»).

⁹ Introdotti dagli artt. 405-407 *bis* e 415 *ter* c.p.p.

mai applicate, o comunque non venissero intese nel senso sperato dai riformatori¹⁰.

4. *La congenita imprecisione delle norme europee*

Vi è un ultimo fattore di crisi del codice che mi pare difficilmente superabile. Mi riferisco all'ingresso nel nostro sistema delle fonti sovranazionali, e in particolare del diritto dell'Unione Europea.

Queste fonti, frutto degli accordi e dei compromessi fra gli Stati più diversi, risultano fatalmente imprecise. Si tratta, come è stato più volte osservato, di prescrizioni prive di fattispecie nel senso proprio del termine¹¹. Esse indicano obiettivi da raggiungere, valori da tutelare, garanzie da osservare, ma non specificano le forme procedurali con le quali conseguire tali risultati.

Norme così costruite richiedono per forza di cose una concretizzazione giurisprudenziale, specie da parte delle supreme Corti europee (Corte di giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, magari in dialogo con la Corte costituzionale italiana). Il *case-law* che ne consegue, a sua volta, viene recepito nel tessuto normativo nazionale attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme e, laddove possibile, della disapplicazione del diritto interno.

In questo modo, è la giurisprudenza, caso per caso, a convertire le generiche norme europee in prescrizioni più precise, le quali, però, non sempre ne costituiscono delle implicazioni necessarie. Sotto l'ombrello delle fonti europee, le Corti sono in grado di operare proprie scelte di valore, autonomi bilanciamenti fra gli interessi in gioco anche non coincidenti con quelli effettuati a livello nazionale.

Certo, nell'ambito del diritto processuale penale i confini operativi del diritto europeo rimangono ancora, tutto sommato, limitati. E, nei settori in cui la competenza del legislatore nazionale resta salda, non vi sono dubbi sul fatto che la struttura 'aperta' delle norme europee non potrebbe essere replicata. Eventuali disposizioni prive di fattispecie si troverebbero in radicale contrasto con le esigenze di precisione che discendono dal principio

¹⁰ Cfr. M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.*, 2023, f. 7-8, p. 27 s.

¹¹ V. per tutti, R.E. KOSTORIS, *La dimensione reticolare delle fonti*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Giuffrè, Milano, p. 73 s.

di legalità processuale previsto dall'art. 111 comma 1 Cost.¹².

Le fattispecie autonomamente costruite dalla giurisprudenza sulla base della legislazione europea, nondimeno, esercitano pur sempre un'azione disgregatrice nei confronti del codice. Attraverso i varchi aperti dall'interpretazione, esse penetrano nel sistema nazionale e, progressivamente, lo mutano con modalità più insidiose di quelle tipiche delle riforme operate dal diritto legislativo, proprio perché meno evidenti.

Un esempio ormai risalente, ma tuttora significativo, è rappresentato dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2005 relativa al caso *Pupino*, con la quale già aveva iniziato a manifestarsi la forza dirompente che può esercitare il diritto giurisprudenziale attraverso il canale delle norme europee.

Una maestra di una scuola elementare era stata accusata di maltrattamenti nei confronti di alcuni dei suoi alunni. All'epoca non sarebbe stato possibile ascoltare le potenziali vittime tramite l'incidente probatorio: un istituto che l'art. 392 c.p.p. riserva ad una serie di ipotesi tassativamente elencate, fra cui non era prevista quella in questione. Al fine di superare questo ostacolo, la Corte di giustizia aveva preso le mosse da un principio costantemente ripetuto nella legislazione dell'Unione Europea: le audizioni delle persone vulnerabili come i minorenni dovrebbero essere limitate il più possibile, ed avvenire ad una distanza non eccessiva dalla commissione dei fatti, in modo da evitare che i dichiaranti siano costretti a ripetute rievocazione di eventi che potrebbero turbare il loro benessere psichico¹³.

In particolare, la Corte di giustizia ne aveva ricavato l'obbligo di assicurare al giudice nazionale la possibilità di autorizzare i minori possibili vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione con modalità idonee a tutelarli in modo adeguato, «ad esempio al di fuori dell'udienza e prima dello svolgimento di quest'ultima». Una possibilità che, nel nostro sistema, è per l'appunto consentita dall'incidente probatorio, che però qui avrebbe dovuto essere utilizzato al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nazionale¹⁴.

Tale decisione, per quanto giustificata dall'esigenza di tutelare i minorenni coinvolti nel procedimento, non era priva di ripercussioni dal punto

¹² Ai sensi del quale il giusto processo deve essere «regolato dalla legge».

¹³ Nel caso *Pupino*, si trattava degli artt. 2, 3 e 8 della Decisione-quadro sulla vittima (15 marzo 2001, 2001/220/GAI).

¹⁴ Cfr. Corte giustizia dell'Unione Europea, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*. La possibilità di avvalersi dell'incidente probatorio nei procedimenti per maltrattamenti è stata in seguito introdotta dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172.

di vista dei diritti delle persone indagate: non va dimenticato che l'incidente probatorio determina non pochi inconvenienti per la difesa, costretta a gestire il controesame dei dichiaranti in un momento in cui le indagini potrebbero non ancora essersi concluse e, quindi, magari senza poter contare su un'adeguata conoscenza del caso.

5. *Governare il diritto giurisprudenziale*

Le osservazioni fin qui svolte non permettono certo di intravedere una rapida soluzione alla crisi del codice di procedura penale. Siamo di fronte ad un fenomeno epocale, legato alle profonde difficoltà in cui versa il potere legislativo. In parte per demeriti propri, a fronte dell'incapacità di rimediare ai *deficit* tecnici che contraddistinguono la redazione delle norme nonché a perseguire un efficace disegno di razionalizzazione del sistema processuale. In parte per il portato della globalizzazione, che ha permesso al *case-law* delle Corti europee, veicolato dalle norme sovranazionali contrattate tra gli Stati, di irrompere all'interno dei sistemi nazionali.

A queste condizioni, ipotizzare la sparizione del diritto giurisprudenziale dal nostro sistema è, semplicemente, utopistico. Ciò, tuttavia, non significa che esso debba essere accettato acriticamente.

Credo sia fortemente auspicabile, *in primis*, fare il possibile per ricondurre lo spazio operativo entro confini fisiologici. Il suo compito è quello di riempire i vuoti che il linguaggio delle norme legislative non è strutturalmente in grado di colmare. Non certo quello di rimediare alle carenze del legislatore: una funzione di supplenza che molti magistrati eviterebbero volentieri, ma che, a fronte di norme formulate in modo tale da risultare disfunzionali, diventa ineludibile.

Laddove non sia praticabile eliminare il diritto giurisprudenziale, è necessario, se non altro, pretenderne la conformità ad adeguati *standard* qualitativi. Come esiste una grammatica delle norme legislative, ne esiste una anche delle norme giurisprudenziali. Dovrebbero anch'esse rispondere al principio di legalità, risultando il più possibile precise e prevedibili nelle loro implicazioni. Non dovrebbero, inoltre, servire a perseguire scelte di valore: salvo il limite dell'illegittimità costituzionale, le opzioni di politica criminale spettano al potere legislativo; i giudici hanno il compito di rispettarle, evitando di sostituirle con le proprie aspirazioni.

Soprattutto, non va dimenticato il limite fondamentale del diritto giurisprudenziale, ben noto nei sistemi che, come quelli anglosassoni, lo pongono al centro della produzione giuridica: il fatto che si tratti di un diritto

strettamente legato alle peculiarità dei singoli casi. Di qui il divieto di estenderne la portata in rapporto a casi diversi: sarebbe concettualmente sbagliato estrarne delle regole formulate in termini generali e astratti, come se fossero, per l'appunto, le norme di un codice.

Dobbiamo, insomma, imparare a governare nel modo corretto le norme giurisprudenziali. Un risultato nell'interesse della stessa magistratura, poiché eviterebbe di snaturarla e di trasformarla in un soggetto politico, come tale facile da delegittimare.