

**CARTA, WEB, EBOOK, APP:**  
**SCOPRI L'OFFERTA DI EGEEA**



#### **Area web dedicata**

Le pubblicazioni di Egea sono corredate da materiali online che ne completano e arricchiscono il contenuto.

Per accedere all'area web dedicata digitare l'indirizzo <http://digitalibri.egeaonline.it> e inserire il codice stampato sul retro della copertina.



ePUB

#### **Ebook**

I volumi disponibili nei formati epub e pdf sono acquistabili sul sito [www.egeaonline.it](http://www.egeaonline.it) e nelle principali librerie online con accesso, tramite codice reperibile all'interno dell'epub, ai materiali dell'area web dedicata.



Google play

#### **In-app**

I titoli disponibili in versione app per tablet e smartphone possono essere acquistati su Apple Store e su Google play. Grazie alle applicazioni Egea Pro ed Egea Doc, scaricabili gratuitamente, è possibile navigare in modo intuitivo tra contenuti testuali e multimediali, fruire di potenti strumenti di ricerca e avere titoli sempre aggiornati a portata di... touch!

# MICHELE VIETTI FACCIAMO GIUSTIZIA

Istruzioni per l'uso del sistema giudiziario

Prefazione di Mario Monti

delle parti coinvolte – l'attore o il convenuto così come l'imputato e la parte lesa, ma anche il rappresentante della pubblica accusa e la difesa – è principalmente l'equità del giudizio. Qualunque soggetto coinvolto in un processo desidera innanzitutto che il giudice esamini con attenzione le prove e le argomentazioni portate a sostegno della propria tesi, che applichi con rigore la procedura e tutto l'articolato sistema di garanzie processuali e che alla fine giudichi con equità, appunto. Da questo punto di vista l'interesse da perseguire è essenzialmente uno: la giustizia. Un valore astratto che la magistratura ha il compito quotidiano di far diventare concreto. È quasi superfluo aggiungere che, tanto nel senso comune quanto nella stessa percezione che i giudici hanno della propria identità e del proprio ruolo sociale, almeno secondo l'impostazione più tradizionale, questa è considerata la "missione" prioritaria del magistrato.

Ma se si cambia prospettiva, cambiano gli attori e anche la posta in gioco. Se si guarda il singolo processo all'interno del vasto sistema giurisdizionale, se lo si considera come uno delle migliaia (o meglio, dei milioni) di mattoni che ogni anno vengono portati alla grande – e quasi per definizione interminabile – fabbrica della giustizia, si capisce che l'interesse da tutelare non è solo quello individuale di chi domanda giustizia per il suo caso specifico, piccolo o grande che sia, ma anche quello di tutti i soggetti estranei al processo: l'interesse che la "fabbrica" funzioni senza intoppi, con tempi di produzione accettabili, con un'allocazione delle risorse e della forza lavoro proporzionata alla materia, al valore e alla complessità del singolo intervento nonché al

risultato da raggiungere. I soggetti terzi di un processo sono, in questa accezione estesa, tutti gli utenti attuali o potenziali del servizio-justizia: tutti coloro che sono parti di altri processi e che pertanto condividono le risorse (scarse) del sistema, ma anche ogni singolo cittadino che potrebbe un giorno avere a che fare, per scelta o costrizione, con la macchina giurisdizionale e ha l'interesse che questa funzioni al meglio. In altre parole, se si considera la giustizia come un servizio da rendere concretamente al cittadino, in un'accezione moderna e non dogmatica, appare evidente che nel pantheon dei valori della magistratura, alla destra dell'equità, deve sedere anche l'efficienza. Un valore strumentale, certo, ma indispensabile a garantire l'effettività della giustizia stessa.

È sempre più importante e urgente che l'attività degli organi giurisdizionali a tutti i livelli e nel loro insieme si svolga tenendo ben presente l'equilibrio tra questi due fattori: il giudizio equo sulla singola controversia – che significa anche esame approfondito dei fatti e corretta applicazione della procedura e delle garanzie – non deve perdere di vista l'efficienza nella gestione della massa dei processi; e la gestione della massa non deve perdere di vista la finalità di un giudizio equo e in tempi ragionevoli (altro fattore intrinseco alla qualità del servizio-justizia) della singola controversia.

Chi condivide queste premesse non potrà fare a meno di rilevare che l'attuale organizzazione della macchina giudiziaria e il suo funzionamento non sono pensati in astratto, né espliciti in concreto, per bilanciare queste due esigenze. I principali elementi del sistema sembrano concepiti dal legislatore – e di conseguenza

e  
 A  
 B  
 implementati dagli stessi magistrati – con una preponderante attenzione al “micro” (lo svolgimento e l’esito del singolo processo) anziché al “macro” (il funzionamento efficiente dell’intero sistema). Assorbiti dai dettagli nella costruzione del singolo appartamento, questi architetti finiscono sovente per trascurare l’efficienza del cantiere e, di conseguenza, per compromettere l’intero edificio.

### Un ingolfamento strutturale

L’esempio più significativo viene probabilmente dall’analisi del sistema delle impugnazioni e, per estensione, delle regole che governano i riti processuali. Qualche dato: nei procedimenti civili, l’ambito con le maggiori criticità, le statistiche ci dicono che la fase processuale in cui si accumulano i maggiori ritardi nella definizione è quella di impugnazione. Nel periodo 1° luglio 2010 - 30 giugno 2011, secondo i dati della Direzione generale di statistica del Ministero della Giustizia, la pendenza complessiva del contenzioso civile è diminuita rispetto all’anno precedente del 2,4%, che equivale in termini assoluti a circa 132.000 procedimenti in più giunti a termine (su una massa gigantesca di oltre 5,4 milioni di giudizi pendenti). Una diminuzione del carico complessivo dovuta principalmente alla riduzione di nuove istanze (-8,7%). Ma a quel 2,4% di alleggerimento complessivo i diversi uffici di merito hanno contribuito in misura diversa: lo smaltimento maggiore si è registrato negli uffici del giudice di pace (144.000 giudizi in meno, il 9,4% del totale), mentre

la pendenza è rimasta pressoché invariata nei tribunali ed è addirittura aumentata presso le corti d’appello (14.400 giudizi, il 3,3% in più in un anno). E questo nonostante la lieve flessione, nello stesso periodo, delle iscrizioni di nuovi giudizi in appello. Parallelamente la durata media dei procedimenti di secondo grado è aumentata da 947 a 1.033 giorni (+9%). Per l’anno giudiziario successivo (2011-2012) le stime non sono più confortanti: la massa dei giudizi civili pendenti resta pressoché immutata e la durata media di un processo di secondo grado subisce un ulteriore aumento passando a 1.051 giorni (+1,7%).

La situazione dei ricorsi per cassazione non è molto diversa. Anche qui la pendenza complessiva dei procedimenti civili è leggermente diminuita nel 2011 (-2,14%), con oltre 2.000 giudizi in più definiti rispetto a un anno prima (ma siamo su volumi superiori alle 95.000 pendenze). I nuovi ricorsi sono stati meno delle definizioni e la produttività media dei magistrati è leggermente aumentata rispetto all’anno precedente, passando da 273 a 278 definizioni per singolo consigliere. Cionondimeno la durata media del procedimento civile in Cassazione è aumentata nel 2011 a 36,7 mesi, contro i 35,4 mesi del 2010.

Sintetizzando: se il giudizio di primo grado, seppure ancora lontano da un modello di giustizia tempestiva ed efficace (470 giorni di durata media nel 2011, in ribasso a 463 giorni nel 2012), resta nei limiti massimi stabiliti a livello internazionale, per i giudizi di secondo grado e presso la Suprema Corte siamo ancora lontani dalle prescrizioni della Corte Europea dei Diritti Umani sui tempi di definizione dei processi civili. La rappre-

sentazione della situazione, già critica, che emerge da questi numeri rischia di diventare addirittura paradossale se si considera l'esito dei giudizi di secondo grado e dei ricorsi per cassazione: le impugnazioni in appello di sentenze civili risultano accolte in poco più del 30% dei casi; in Cassazione la percentuale di accoglimento sale di poco, al 35%: i restanti ricorsi sono rigettati, dichiarati inammissibili, improcedibili o estinti. Solo in appello, dunque, 14mila processi in più da smaltire in un anno, mille giorni di lavoro in più per la macchina giudiziaria, per vedere confermata la pronuncia di primo grado e tornare al punto di partenza sette volte su dieci. E il discorso è sostanzialmente uguale per il giudizio di legittimità.

Le considerazioni che si possono fare sulla scorta di questi dati sono molte. Ho già avuto modo di smentire in altra sede<sup>1</sup> la vulgata che attribuisce le colpe degli ingolfamenti della macchina della giustizia ai giudici "fannulloni" e inefficienti, evidenziando, numeri alla mano, come la produttività dei magistrati italiani sia maggiore di molti loro colleghi europei, almeno in termini di procedimenti smaltiti in un anno. Del resto, spiegare lo stato di salute della giustizia di un paese con un'attitudine personale (ed endemica) dei suoi giudici sarebbe miope e finanche grottesco. Sono gli stessi numeri a dare una chiave di lettura più plausibile: non si può parlare di efficienza del sistema se i volumi da gestire sono questi. Non si può parlare, cioè, di un problema grosso ma comunque *accidentale* del meccanismo: dobbiamo renderci conto che il meccanismo così

<sup>1</sup> M. Vietti, *La fatica dei giusti*, Egea, Milano, 2011, p. 51 ss.

progettato ha un difetto *strutturale*, che è proprio l'accoglimento indistinto di questa mole di contenzioso.

### **La riforma delle impugnazioni nel Decreto Sviluppo: un buon inizio**

La consapevolezza che la soluzione sta nell'alleggerire la macchina giudiziaria e che per fare ciò è necessario modificare l'impianto procedurale si sta ormai radican- do a più livelli. Ancor prima dell'impetuoso verdetto della Banca Mondiale che colloca l'Italia al 160° posto su 185 paesi per la tutela giurisdizionale dei contratti<sup>2</sup>, possiamo affermare che è ormai diffusa nel modo economico e politico del nostro paese la convinzione che l'inefficienza della giustizia civile costituisca uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo. Un esempio di questa "nuova" sensibilità è la presenza nel primo Decreto Sviluppo del governo Monti<sup>3</sup> – un provvedimento di natura prettamente economica fin dal titolo («Misure urgenti per la crescita del Paese») – di disposizioni che innovano significativamente la disciplina dei giudizi di appello e di cassazione nel settore civile.

Una prima significativa novità consiste nell'introduzione di un filtro di inammissibilità nel merito

<sup>2</sup> Classifica *Doing Business 2013* ([www.doingbusiness.org/rankings](http://www.doingbusiness.org/rankings)). Nel ranking generale dell'attrattiva economica dei paesi l'Italia compare in 73ª posizione, subito dopo il Kirgizistan, la Romania e la Turchia. Sugli 11 parametri di valutazione considerati il risultato peggiore lo otteniamo proprio alla voce *Enforcing Contracts*.

<sup>3</sup> Dl 22 giugno 2012 n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 134.

dell'impugnazione in appello. Il nuovo art. 348-*bis* del codice di procedura civile, oltre ai casi in cui l'appello è dichiarato inammissibile o improcedibile con sentenza, stabilisce che l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando «*non ha una ragionevole probabilità di essere accolta*». Sostanzialmente si crea un sistema di scrematura fondato sulla probabilità di accoglimento, finalizzato a selezionare i ricorsi meritevoli di essere trattati approfonditamente ai quali destinare in via esclusiva le risorse riservate dall'ordinamento alla correzione delle decisioni di primo grado. Da tale meccanismo, secondo il nuovo testo di legge, sono escluse:

- le cause di cui all'art. 70, primo comma, c.p.c., e cioè quelle in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, che si presumono quindi connotate da un interesse pubblicistico che sconsiglia di porre limitazioni all'accertamento;
- le cause in cui le parti in primo grado hanno optato per il procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 702-*bis* c.p.c., caratterizzato da una spiccata deformalizzazione istruttoria bilanciata dalla maggiore apertura ai nuovi mezzi di prova in secondo grado. Qui l'esclusione dal filtro di ammissibilità, oltre a essere coerente col sistema, ha anche lo scopo di incentivare l'utilizzo del giudizio sommario in primo grado, che finora non pare avere avuto grande fortuna nella pratica processuale.

Il successivo art. 348-*ter* stabilisce che la pronuncia sull'inammissibilità dell'appello sia adottata «con

ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi». Lo scopo del legislatore è sostanzialmente quello di non duplicare i giudizi trasformando quello che deve essere uno strumento deflattivo in un ulteriore onere per il giudice. Così impone di trattare il contenzioso che non merita ulteriori approfondimenti nel merito con uno strumento processuale sintetico nel contenuto e con una motivazione succinta, per marcare la differenza con il diverso impegno richiesto dall'esame della causa e dalla struttura motivazionale nella «vera» sentenza di appello.

In caso di dichiarazione di inammissibilità, e con decorrenza da essa, le parti possono impugnare la sentenza di primo grado direttamente in Cassazione per i motivi di legittimità di cui all'art. 360 c.p.c. Ma qui la legge pone un ulteriore «paletto» per evitare l'inutile e costosa (soprattutto in termini di efficienza generale del sistema) duplicazione delle valutazioni di merito: se l'ordinanza di inammissibilità, così come la sentenza di appello che respinge l'impugnazione, si fondano sulle stesse ragioni di merito affermate nella sentenza di primo grado, il ricorso in cassazione non potrà essere proposto per i motivi di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., cioè «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio *che è stato oggetto di discussione tra le parti*». Questa norma, anch'essa modificata dal Decreto Sviluppo (nella versione precedente si diceva: «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio»), vuole impedire che il controllo della motivazione diventi, come spesso

è accaduto, il grimaldello con cui forzare la funzione di mero giudice di legittimità della Suprema Corte aprendo la porta anche a un riesame del merito. Si esclude così che il giudizio di cassazione si soffermi sulla motivazione dei giudici di merito – fermo restando che la tutela contro una motivazione inesistente o solo apparente è sempre garantita dal ricorso per vizio di legge – e lo si preclude ai *nova*, cioè ai fatti che, pur potendo esserlo, non sono stati precedentemente discussi.

### **Doppio grado non significa “doppione”**

Quella introdotta dal Decreto Sviluppo risulta essere, pertanto, un'innovazione significativa del meccanismo delle impugnazioni, fondata sulla consapevolezza che il funzionamento di tale strumento ha un notevole impatto sull'efficienza complessiva della macchina giudiziaria ed è a sua volta fortemente determinato dalle regole che disciplinano l'accesso, l'oggetto, i presupposti e l'ampiezza del giudizio ammesso.

Per quanto riguarda il giudizio di secondo grado, questo intervento cerca di incidere sul tradizionale assetto normativo che vede l'appello come un nuovo processo con effetto devolutivo, che realizza cioè una sostanziale duplicazione del giudizio di fatto di primo grado. Pur con i nuovi limiti ai motivi di richiesta di impugnazione (art. 342 c.p.c.) e alle possibilità di nuove attività istruttorie (art. 345 c.p.c.), l'appellante non soddisfatto della soluzione in primo grado che supera il filtro del giudizio di inammissibilità può ottenere comunque un riesame complessivo della

questione. In altre parole, nel nostro ordinamento il doppio grado di giudizio rischia strutturalmente di produrre un “doppione”.

Sotto il profilo della coerenza teorica, la possibilità di rivedere in appello la prima decisione in maniera integrale, con la stessa estensione di giudizio, contraddice l'indirizzo prevalente nella più recente elaborazione dottrinale e legislativa che vuole restituire centralità al giudice in primo grado e all'immediatezza del contraddittorio tra le parti. Del resto, anche dal punto di vista pratico, la differenziazione si impone: l'organico naturalmente più ridotto delle corti d'appello – la pianta organica prevede complessivamente, tra consiglieri, direttivi e semidirettivi, 1.210 posti, mentre in tribunale, come giudici, direttivi e semidirettivi, sono previsti complessivamente 5.063 posti – impedisce di fare fronte in maniera sistematica e tempestiva alla revisione della grande maggioranza delle sentenze di primo grado. L'esperienza peraltro dimostra che il giudice di appello – che è in linea di principio normalmente vincolato all'istruttoria del fatto svolta in primo grado – nella maggioranza dei casi non si avventura nella rivalutazione della fattispecie ma indirizza piuttosto il suo giudizio sulle affermazioni in diritto. A maggior ragione, a fronte della completezza di una cognizione piena in primo grado, dove si esamina nel dettaglio il fatto, non ha senso duplicare tali finalità in un giudizio di appello che si svolge essenzialmente “sulle carte”.

### Le esperienze degli altri

Per capire "l'anomalia italiana" risulta utile il confronto con i sistemi procedurali di altri paesi, sia di tradizione giuridica continentale che di *common law* anglosassone.

In **Francia** l'appello è ammesso soltanto per le liti di valore superiore a 4.000 euro. Il ricorso per cassazione è configurato come rimedio straordinario e la Corte dispone di una procedura semplificata che le consente di dichiarare non ammessi i ricorsi, senza la necessità di motivarlo, quando questi sono evidentemente inammissibili o non fondati su seri motivi. In ogni caso la Corte di cassazione non rivaluta il fatto, ma verifica solamente il rispetto delle regole di procedura e la corretta applicazione del diritto da parte del giudice del merito.

In **Germania** agisce un filtro all'appello per le cause che non superano il valore di 600 euro, che sono soggette ad una valutazione di ammissibilità vincolante del giudice di primo grado, la quale può avere esito positivo se la questione ha un significato fondamentale o se offre al giudice d'appello l'occasione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza o il «perfezionamento» del diritto. Gli appelli che non hanno alcuna prospettiva di successo, a parere del giudice, sono respinti con ordinanza non impugnabile.

L'accesso alla Corte Federale di Giustizia (*Bundesgerichtshof*) è ammesso soltanto ove sia denunciata la violazione di norme di diritto da parte della sentenza impugnata, cioè quando una norma giuridica non è stata applicata o non è stata applicata correttamente. Il ricorso è inoltre subordinato ad una dichiarazione di ammissibilità contenuta nella sentenza stessa da impugnarsi, dichiarazione che è emessa solo se il giudice ritenga sussistere una questione di diritto di fondamentale rilevanza o comunque una situazione nella quale una decisione della Corte Federale è necessaria per l'evoluzione del diritto o per garantire l'uniformità della giurisprudenza. La revisione è altresì ammissibile per violazioni della procedura quali il mancato rispetto

del contraddittorio o di un processo leale e non arbitrario. La dichiarazione di non ammissibilità contenuta nella sentenza può essere impugnata avanti alla Corte Federale.

In **Spagna** le sentenze di merito sono impugnabili dinanzi al *Tribunal Supremo*, in materia civile, soltanto se riguardano la tutela di diritti fondamentali, se il valore della causa eccede i 150.000 euro o se la decisione del ricorso presenta un "*interés casacional*" (ossia sostanzialmente un interesse di uniformità della giurisprudenza, che sussiste quando la sentenza impugnata si oppone ad un orientamento consolidato del *Tribunal Supremo*, riguarda questioni controverse presso i giudici di merito o applica una norma vigente da meno di cinque anni). L'inammissibilità è pronunciata con ordinanza non ricorribile. Il ricorso può essere proposto soltanto per motivi attinenti alla violazione di legge, sia sostanziale che processuale, e non è ammissibile alcuna impugnazione sul merito.

Venendo ai sistemi di *common law*, nel **Regno Unito** le impugnazioni civili sono subordinate ad un'autorizzazione (il *leave to appeal*) dello stesso giudice che ha pronunciato la sentenza che si intende contestare. Il permesso può essere concesso solo se l'appello presenta realistiche prospettive di accoglimento o se si riscontrano altre ragioni convincenti affinché la causa debba essere riesaminata. Se il giudice di primo grado nega l'autorizzazione, l'appellante può però rivolgersi al giudice competente per l'impugnazione. I provvedimenti che decidono sull'istanza di impugnazione non sono, di regola, corredati da motivazione e contro di essi non è ammessa impugnazione.

Particolarmente interessante è il regime delle impugnazioni negli **Stati Uniti**, dove riveste un ruolo decisivo per la resa complessiva della macchina giurisdizionale. Va detto che tutto l'ordinamento processuale americano è basato sul criterio della *convenienza*, cioè sull'interesse delle parti a una definizione rapida e meno "dannosa". Oltre che della disciplina

delle impugnazioni, questo è il risultato dell'azione congiunta del regime della prescrizione del reato e dell'esecuzione della pena. L'insieme dei tre elementi spiega il successo negli Usa dei riti alternativi (patteggiamento) e la durata dei processi, molto inferiore a quella italiana.

L'appello penale viene proposto per lo più per ragioni di diritto e deve essere ritenuto ammissibile sulla base dei motivi prospettati. Non è prevista una diversa valutazione delle prove, che si ritiene esaurita nel primo giudizio, ma soltanto la macroscopica ingiustizia del verdetto o gli evidenti errori di procedura. In mancanza di questi elementi l'appello è dichiarato immediatamente inammissibile. Anche quando è ammesso, l'appello non sospende l'esecuzione della pena subito dopo la pronuncia di condanna di primo grado, eliminando così un importante incentivo alla prosecuzione di un giudizio che non abbia buone possibilità di concludersi con una vittoria.

La Corte Suprema degli Usa, oltre ad avere il ruolo di arbitro sulle questioni costituzionali a livello federale, opera quale collegio di ultima istanza decidendo sulle impugnazioni contro le decisioni delle corti d'appello. Ma la Corte Suprema non ha l'obbligo di esaminare ogni impugnazione potendola discrezionalmente dichiarare inammissibile per scarsa rilevanza della questione sottoposta. In media la Corte Suprema negli Stati Uniti introita circa 80 casi all'anno, la nostra Corte di cassazione più di 80.000 (45.000 nel solo penale).

### Che cosa si può fare per una giustizia effettiva

Ciò che è estraneo alla mentalità di molti ordinamenti, soprattutto quelli di common law – e che invece da noi, malgrado i correttivi che si stanno introducendo, è ancora “duro a morire” – è che la contestazione della sentenza di un giudice sia la *regola* e non l'*eccezione* di un iter processuale. Tanto l'appello quanto il ricorso per cassazione sono sì, in astratto, la “seconda chance” data al cittadino in ossequio ad un sacrosanto principio

di civiltà giuridica, il logico temperamento alla definitività di una pronuncia previsto dalla legge per correggere un eventuale errore di valutazione del fatto o del diritto ad esso applicabile, o il mancato rispetto dei modi in cui tale pronuncia si è formata (anch'essi necessari per la realizzazione della giustizia in concreto); ma questo non deve far pensare – come invece accade in Italia – che ogni controversia sia necessariamente un torneo in cui si giocano sempre (almeno) tre partite: un primo incontro, la “rivincita” e la “bella”. Per riequilibrare il meccanismo e garantire il duplice interesse in gioco di cui parlavamo all'inizio – alla giustizia delle decisioni e all'efficienza del sistema – è necessario (ri) dare alle varie fasi processuali la loro corretta funzione, dimensione e importanza.

In tutti gli ordinamenti sono previsti dei *filtri* per limitare l'accesso ai diversi gradi di impugnazione, dei criteri per distinguere le domande che meritano effettivamente di essere prese in considerazione da quelle che sono, o potrebbero essere, inoltrate per motivi inconsistenti e opportunistici o che comunque non rispondono alle esigenze di un sistema di giustizia improntato a tempestività, effettività ed efficienza. Le strade seguite per raggiungere questo obiettivo sono fondamentalmente due:

1. quella della preventiva valutazione di ammissibilità della domanda *in concreto*, secondo un giudizio di merito che considera la correttezza della decisione resa nel grado precedente e valuta la necessità di una correzione;
2. quella della definizione, *in astratto* e a priori, delle



ragioni e dei criteri per cui una pronuncia può essere impugnata.

La prima modalità punta prevalentemente al perseguimento della giustizia nella soluzione del caso concreto, e quindi della effettiva soddisfazione del diritto, nell'interesse delle parti coinvolte. La seconda corrisponde piuttosto alle esigenze generali dell'ordinamento di uniformità e prevedibilità delle pronunce, offrendo un sistema che si preoccupi di riformare solo le sentenze che, a prescindere dalle conclusioni raggiunte nel caso concreto, non siano in sintonia con le regole che dovrebbero governare il metodo e l'applicazione della legge.

Con le modifiche introdotte dal Decreto Sviluppo, il nostro legislatore ha scelto la prima soluzione per i ricorsi in appello e ha cercato di rendere più effettiva la seconda soluzione già vigente per i ricorsi in cassazione, secondo lo spirito dell'ordinamento che attribuisce alla Suprema Corte il compito di correggere solo i vizi relativi allo svolgimento del processo e alla interpretazione del diritto (la cosiddetta funzione "nomofilattica"). Una funzione, quest'ultima, in parte snaturata – come si è visto – dalla pratica del riesame anche del merito della controversia, attraverso la valvola del controllo della motivazione, che appunto il recente intervento legislativo ha cercato di arginare.

#### *Appello "cassatorio" e chiuso*

L'attuale stato del giudizio di appello, caratterizzato dall'incapacità del sistema di dare una risposta giudi-

ziaria in tempi ragionevoli, si traduce, in ultima analisi, in una sostanziale "ingiustizia" nei confronti del cittadino che di per sé sola viola i principi della giustizia effettiva sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu). L'osservazione della realtà, alla luce anche di quanto è avvenuto con i ricorsi per cassazione, mi induce a pensare che per l'appello il semplice filtro della «ragionevole probabilità», ossia di una valutazione di ammissibilità dell'istanza sulla base un criterio così vago e aperto, non sia sufficiente. È un meccanismo che, oltre a rivolgere al giudice d'appello una sorta di non facile richiesta "prognostica", ha fondamentalmente due controindicazioni:

- un margine di discrezionalità molto ampio all'interno di una valutazione preventiva che rischia quasi di diventare un grado di giudizio "intermedio", col risultato di rallentare ulteriormente l'iter processuale anziché accelerarlo;
- la prevista possibilità di impugnare in Cassazione la sentenza non appellabile, dovuta forse al timore di privare la parte di ogni tutela successiva al primo grado, ma che in quest'ottica risulta una contraddizione, soprattutto in presenza del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., che prevede il riesame di un fatto decisivo per il giudizio (sebbene col limite che sia già stato oggetto di discussione).

Il sistema rimane, dunque, fortemente ancorato al merito e quindi incentiva l'accesso alla giurisdizione.

Un vero effetto selettivo delle impugnazioni delle sentenze di primo grado sarebbe dato invece dall'ap-

pello "cassatorio", ovvero dal porre a priori limiti astratti e generali che rendano chiaro quali istanze possono essere presentate e quali no, come succede (o dovrebbe succedere) attualmente per la Cassazione.

a) Un elenco di motivi tassativi (ad esempio, l'omessa valutazione di una prova decisiva o l'errore nell'interpretazione o nella qualificazione del fatto) che tolga o almeno riduca per il giudice la difficoltà e "l'imbarazzo" di una valutazione puramente probabilistica. O meglio, la valutazione sulla «ragionevole probabilità di essere accolto» rappresenterebbe un secondo filtro, riguardando solo i ricorsi che passano già il primo esame dei requisiti astratti. Con un effetto deflattivo enorme. In quest'ottica, a rassicurazione di chi teme che un appello così conformato privi le parti di una concreta tutela sul merito di una sentenza difettosa, si potrebbe prevedere un rafforzamento dei motivi di appello introducendovi quella che è stata la finestra attraverso cui è sempre arrivato in Cassazione il giudizio nel merito e cioè la «motivazione insufficiente o contraddittoria».

In questa impostazione, inoltre, l'appello dovrebbe essere *chiuso*, cioè caratterizzato dall'impossibilità della parte di depositare nuovi documenti, a meno che essi non si siano formati successivamente o la parte ne sia entrata in possesso solo dopo la sentenza di primo grado per ragioni ad essa non imputabili. E se il giudizio di appello non è più un "secondo tempo" inevitabile giocato per ribaltare il risultato della partita, ma una rivalutazione del giudizio già ottenuto a precise e ristrette condizioni, si può anche pensare ad una sanzione per il ricorso abusivo consistente nel versamento all'erario

di un multiplo del contributo unificato, come già avviene in altri paesi europei.

È altresì logica conseguenza di questa impostazione che l'appello sia precluso:

- per le sentenze rese *in contumacia*, abbandonando definitivamente il criterio ereditato dalla tradizione francese della contumacia come *ficta contestatio* e accogliendo il principio inverso, proprio del processo tedesco e austriaco, della contumacia come *ficta confessio*: se una parte manifesta la propria indifferenza per l'esito del processo di primo grado non si vede perché l'ordinamento debba garantirle una possibilità ulteriore, che costa tempo e denaro a tutto il sistema;
- in caso di *patteggiamento* nel processo penale, perché è una contraddizione in termini di logica giuridica: chi accetta la sentenza in cambio di un vantaggio (la riduzione della pena) non può poi chiedere la revisione del giudizio.

Il processo, in sintesi, non va più concepito come un *work in progress* che si dipana in più stadi; viceversa diventa necessario valorizzare e ridare centralità al giudizio di primo grado, anche accentuando eventualmente i momenti di controllo all'interno di esso. È in questa fase che avviene la piena cognizione del fatto, che si formano le prove, che le parti agiscono in un perfetto contraddittorio: in una parola, è questo il cuore della vicenda giudiziaria. I giudici dei gradi successivi possono – e devono – essere chiamati a giudicare soltanto del quadro istruttorio e delle tesi difensive una volta e per sempre delineati nel giudizio di primo grado.

*Ricorso in cassazione: una chance per pochi casi*

Una tale ipotesi di appello "cassatorio", delimitato da motivi tipici e astratti, restringerebbe evidentemente il compito dei giudici di cassazione, sottraendo ad essi ogni valutazione nel merito, anche se contrabbandato sotto mentite spoglie. Si tratterebbe cioè di fare un ulteriore passo avanti rispetto alla riforma del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. voluta dal Decreto Sviluppo, vincendo l'attuale timidezza del legislatore, preoccupato forse di privare le parti dell'estremo rimedio contro un errore di valutazione dei giudici di merito. Se si dà centralità al giudizio di primo grado e si restringono i motivi di appello, in un'ottica di più accentuata *revisio prioris instantiae*, non è logico poi consentire di ridiscutere in cassazione anche delle questioni di fatto: l'eliminazione *in toto* del n. 5 sarebbe la conseguenza naturale di questo nuovo assetto. L'eventuale giudizio di cassazione quindi andrebbe limitato alla sola violazione di legge, restituendo alla Suprema Corte il pieno ed esclusivo ruolo di giudice di legittimità come vuole l'art. 111 della Costituzione e come accade nei principali ordinamenti moderni.

Anche se l'esigenza di sfozzire drasticamente il numero dei ricorsi in cassazione è di vitale importanza per il funzionamento del sistema, la riduzione del perimetro valutativo della Suprema Corte non va solo nella direzione dell'efficienza ma anche della giustizia, intesa in questo caso come uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Il compito istituzionale delle corti di ultima istanza negli Stati costituzionali è infatti quello di garantire l'uniformità della giurisprudenza, che significa

certezza del diritto e per l'appunto uguaglianza dei cittadini; ma questa di fatto non si realizza se due tribunali interpretano diversamente la stessa norma e non c'è un giudice che abbia il compito di comporre tale disparità. Perché la Corte di cassazione possa assolvere a questa funzione è necessario che il numero dei ricorsi sui quali deve pronunciarsi sia relativamente ristretto; se ciò non accade la Corte è costretta a moltiplicare al suo interno i collegi giudicanti creando inevitabilmente nuovi contrasti giurisprudenziali, sovente inconsapevoli visto il numero dei casi decisi. È quanto avviene in Italia con gli innumerevoli collegi giudicanti della Corte di cassazione che pronunciano circa 30.000 decisioni civili all'anno.

Se limitare il flusso – l'inondazione – dei ricorsi per cassazione è necessario, è difficile farlo con l'attuale formulazione dell'art. 111 della Costituzione, il cui settimo comma garantisce *sempre* il diritto di ricorrere in cassazione. Ma lo stesso articolo contiene anche la norma sul giusto processo, introdotta dalla riforma del 1999. È indubbiamente una convivenza difficile: come si possono organizzare le risorse generali della macchina giudiziaria – peraltro sempre più limitate dagli stringenti limiti imposti alla spesa pubblica – e assicurare il corretto contraddittorio, il rispetto della procedura e del complesso sistema di garanzie consentendo *sempre* tre gradi di giudizio? L'attuale formulazione dell'art. 111 riporta drammaticamente in evidenza il contrasto tra *giustizia astratta* ed efficienza, che significa poi *giustizia effettiva*: occorre sempre più scegliere tra le due. Garantire tutto significa, in un sistema complesso, non garantire bene nulla. La modifica del testo costituzio-

nale – al netto delle contingenze politiche che l'hanno prodotta – ha espresso già 12 anni fa l'esigenza di assicurare al cittadino l'effettività della giustizia. Nel rispetto dello spirito dei tempi occorre ora interpretare in senso evolutivo il dettato costituzionale, temperando l'assolutezza del diritto alla tutela giurisdizionale dell'art. 24 con la necessità di un processo giusto e dai tempi ragionevoli espressa dall'art. 111.

## 2. I limiti di un procedimento penale “ibrido” e la (tortuosa) strada italiana alle alternative processuali

Risalendo concettualmente il tortuoso corso del procedimento penale per capire dove si trovano le secche e perché una quantità di processi vi rimangono incagliati così a lungo o affondano prima di giungere alla conclusione, si arriva inevitabilmente ad affrontare la questione dei riti processuali e, ancora più a monte, del modello *accusatorio*, almeno come è stato importato nel nostro ordinamento e poi adattato alla nostra cultura giuridica. Possiamo dire che si sia trattato di un adattamento “di fatto”, compiuto – più che con un ripensamento sistematico e coerente del modello in chiave italiana – con scelte legislative non particolarmente felici attuate fin dalla riforma del codice di procedura penale del 1989 a cui è seguita la ben nota stratificazione di norme non tutte compatibili con la scelta iniziale. Ne è risultato un sistema “ibrido” che vorrebbe dare

un colpo al cerchio di un impianto processuale moderno, di stampo americano, fondato sulla parità di accusa e difesa in contraddittorio e sulla terzietà del giudice, e un altro alla botte del complesso sistema di diritti e garanzie dell'imputato ereditato dal vecchio modello inquisitorio e necessario, in quel contesto, a controbilanciare il "potere" del giudice. Nella sua attuale formulazione "all'italiana", il processo accusatorio ha perso alcuni dei vantaggi che caratterizzano il modello puro, primo fra tutti quello della centralità del dibattimento di primo grado, con la formazione della prova nel contenzioso tra le parti e il libero convincimento del giudice. Il raggiungimento di un tale (ambizioso?) obiettivo ha come presupposto il fatto che arrivi a dibattimento un numero limitato di processi e che la macchina della giustizia possa dedicare ad essi la dovuta attenzione e serenità. È pregiudicato invece dall'ingorgo del sistema che riduce il tempo da dedicare al singolo giudizio, dallo scarso successo dei riti alternativi, dalla possibilità di smontare con disinvoltura in appello la ricostruzione del fatto e la sua qualificazione giuridica data dal giudice di primo grado, dalla spada di Damocle della prescrizione che incombe sulla sopravvivenza dei processi.

### La lezione americana

Parlare di impianto accusatorio significa necessariamente fare riferimento al modello processuale di *common law* e in particolare a quello statunitense, il padre del processo accusatorio moderno entrato, per para-

dosso, più nelle nostre case attraverso il cinema e la tv che nelle nostre aule di tribunale.

Una riflessione interessante sull'argomento è quella contenuta nel libro di Antonello Mura e Antonio Patrono sulla giustizia penale nel nostro paese vista in controtuce con quella americana<sup>1</sup>. Sulla base di un confronto col sistema processuale Usa, i due autori propongono al cittadino, oltre che al giurista, un'analisi dello stato della nostra giustizia penale e delle sue cause, a distanza di più di vent'anni dalla riforma del Codice di procedura.

### *Il modello accusatorio statunitense*

Negli Stati Uniti il sistema processuale è ispirato ad un modello pragmatico basato sulla doverosa fiducia nel sistema giudiziario, espressione più elevata del principio di responsabilità individuale. I principi cardine del processo sono:

- la *ragionevolezza*, che sta ad indicare il criterio di misura che deve informare la gran parte delle scelte;
- la *forza*, che si traduce in una sostanziale inflessibilità delle decisioni;
- la *serietà*, che è un'impronta particolare su tutto il sistema per la quale il rispetto delle regole non consente licenze, sciatterie o malizie.

<sup>1</sup> A. Mura - A. Patrono, *La giustizia penale in Italia: un processo da sbloccare. La lezione americana*, Cedam, 2011.

Caratteri che si ritrovano, ad esempio, nell'esecuzione della pena dopo la condanna e nell'estremo rigore con il quale sono applicati i trattamenti alternativi alla detenzione.

Emblematico è il meccanismo giudiziario che prevede l'inversione dell'onere della prova in merito alle esigenze cautelari a seguito di condanna alla reclusione: è l'imputato, condannato in primo grado, che ha l'onere di dimostrare che non fuggirà, né costituirà pericolo per gli altri mentre pende l'appello richiesto dalla difesa; la dimostrazione di tali requisiti peraltro deve essere chiara e convincente e l'appello non deve apparire finalizzato a dilazionare la definitività della condanna.

Nel modello accusatorio, inoltre, riveste un'importanza fondamentale il *fattore tempo*: la dialettica fra le parti e la ricostruzione dei fatti sono assistite dal requisito della contestualità e non sono compatibili con un dibattimento che inizi mesi o addirittura anni dopo il fatto di reato. Questo implica che solo una piccola percentuale dei processi venga celebrata in udienza dove si deve rappresentare la vicenda. Così solo il 5-10% dei processi americani giunge al dibattimento. Di regola le udienze si celebrano un giorno dopo l'altro, senza soluzione di continuità, e il giudice non comincia un nuovo dibattimento se non ha concluso il processo precedente.

Inoltre negli Stati Uniti non è possibile processare una persona che non sia presente in udienza, coerentemente con il principio del contraddittorio reale e della formazione della prova dinanzi e con il contributo dell'imputato. È quindi ignoto il processo in *contumacia* o nei confronti di imputato irreperibile. L'imputato, se

non è arrestato, viene condotto con la forza in udienza per essere presente durante il processo a suo carico.

La decisione sulla colpevolezza o meno dell'imputato è affidata in linea di principio ad una *giuria popolare* e non al giudice professionale; a quest'ultimo è affidato il compito di dirigere il dibattimento e di determinare la pena in caso di condanna. Inoltre, mentre le sentenze italiane hanno motivazioni particolarmente approfondite e dettagliate, negli Stati Uniti l'atto finale del processo è il *verdetto* della giuria popolare che non deve essere motivato.

A monte di tutto ciò va evidenziata un'altra importante caratteristica del sistema penale americano, che segna una profonda differenza con il nostro e contribuisce a spiegare il suo diverso livello di efficienza e di speditezza nei giudizi: la *discrezionalità dell'azione penale*. A differenza che da noi, dove il pubblico ministero in presenza di una notizia di reato è obbligato ad avviare l'azione penale, il *prosecutor* americano si trova di volta in volta a decidere se sia opportuno e conveniente svolgere il processo. Per l'esercizio dell'azione penale sono previsti criteri-guida molto stringenti, che evitino il rischio di abusi della discrezionalità, e priorità definite dal Dipartimento di giustizia in ragione della specifica convenienza per lo Stato. Tali criteri nella prassi sono molto seguiti anche perché vi è la convinzione che chi abusa della discrezionalità verrà punito. In tal senso il sistema gode di una sostanziale fiducia da parte dei cittadini, perché crede nella concreta possibilità di un controllo sulle modalità di esercizio dell'azione penale. È un'impostazione che offre diversi vantaggi pratici ma che non appartiene alla nostra cultura giuridica.

È ovvio che anche la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale ha un'influenza sul numero dei processi da trattare, ma più che altro incide sulle decisioni degli imputati i quali possono essere più propensi a negoziare le strategie processuali in ragione della duttilità dell'iniziativa dell'accusa. Infatti, ciò che realmente funziona in modo efficace nel sistema nordamericano sono i *riti alternativi* al dibattimento. Approfittando della possibilità di esercizio discrezionale dell'azione penale, il pubblico ministero può concordare con l'imputato di non contestargli uno o più reati commessi, oppure di contestargliene uno meno grave, in cambio dell'immediata dichiarazione di colpevolezza. Così concepito, il patteggiamento ha le caratteristiche di un vero e proprio accordo fra l'accusa e l'imputato che, con il tipico pragmatismo americano, alleggerisce il sistema di un notevole carico istruttorio e dibattimentale, tagliando drasticamente il numero di cause che vengono discusse davanti a un giudice e di conseguenza i tempi di tutti i processi.

#### *La realtà processuale italiana*

Tutto ciò risulta ancora lontano dalla cultura giuridica del nostro paese. L'idea che il processo penale, in quanto atto di giustizia concreta e "umana", possa essere guidato anche da un criterio di convenienza, oltre che da un ideale di giustizia astratto, rimane estranea al nostro Dna. Ogni soluzione "compromissoria" come il patteggiamento è ancora percepita da alcuni come un cedimento di questo fronte ideale a vantaggio di interessi privati, tanto più nel processo penale in considerazione della sua

natura pubblicistica. A distanza di un quarto di secolo dall'introduzione del nuovo modello tendenzialmente accusatorio, il nostro ordinamento processuale continua a non essere un habitat favorevole ai riti alternativi e la percentuale dei processi che si concludono in questo modo è sempre più bassa.

Dal confronto col modello statunitense emergono anche molte altre differenze. Nella conduzione del dibattimento, ad esempio, in Italia i rinvii tra un'udienza e l'altra sono lunghi e uno stesso tribunale celebra molti dibattimenti in contemporanea.

Un'altra disparità significativa sta nell'obbligo di motivare la sentenza imposto al giudice italiano, il quale è tenuto a spiegare in dettaglio con un'articolata motivazione sia le decisioni istruttorie fondamentali assunte durante il dibattimento sia la decisione finale, che deve contenere una logica e completa giustificazione fondata sulla ricostruzione processuale svolta nel dibattimento. Tali passaggi influenzano decisamente sia l'andamento del singolo processo che la possibilità per i giudici di celebrare un numero maggiore di processi. È ovvio che per poter spiegare il proprio convincimento con argomenti logici e giuridici il giudice ha bisogno di un'istruttoria completa ed approfondita e per poter redigere una motivazione soddisfacente ha bisogno di tempo.

A tutti questi fattori si aggiunga l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale sancita dall'art. 112 della nostra Costituzione, che non conferisce duttilità all'avvio di un procedimento, nonché l'enorme aggravio costituito dal "lusso" dei tre gradi di giudizio riservati a chiunque e un regime di prescrizione del reato che rende vantaggiosa per l'imputato la dilatazione dei

tempi processuali: si percepisce allora la distanza oceanica che c'è tra l'Italia e gli Usa per quanto riguarda il funzionamento della macchina della giustizia e l'efficacia del servizio reso al cittadino.

### **Inquisitorio vs accusatorio: come (non) abbiamo conciliato gli opposti**

Tutto ciò costituisce un'interessante base di partenza per capire le cause dei problemi del nostro ordinamento processuale e provare a proporre delle soluzioni. Per farlo è necessario ovviamente tenere ben presenti le enormi diversità politico-istituzionali fra l'Italia e gli Usa, quanto al tipo di regime democratico e alla cultura sociale e giuridica.

È evidente che le cause della diversa efficienza in termini di durata dei processi tra il nostro paese e gli Stati Uniti risiedono non nel diverso assetto ordinamentale della magistratura o nella produttività media dei magistrati (considerato peraltro che, in termini di entità del lavoro svolto, la produttività dei magistrati italiani è superiore, dati alla mano, a quella dei loro colleghi americani ed europei, come abbiamo già ricordato), bensì principalmente nel fatto che la macchina della giustizia americana "gira" al regime giusto, cioè con un numero di casi da trattare adeguato alla sua natura accusatoria, che non è fatta per "macinare" con efficacia un volume di contenzioso come quello italiano. In altre parole, il sistema processuale americano funziona perché filtra e seleziona i processi e ne dirige una grande quantità verso soluzioni alternative al dibattimento.

Un sistema accusatorio, che ruota attorno alla formazione della prova in dibattimento nel contenzioso tra le parti, è poco compatibile con l'elevato numero di reati che da noi l'azione penale obbligatoria e la scarsa propensione italiana verso i riti alternativi fanno arrivare inesorabilmente sul tavolo del giudice.

A ben vedere, è stato proprio l'innesto del nuovo sistema processuale tendenzialmente accusatorio – con l'inevitabile aumento del peso della fase dibattimentale – sul vecchio ceppo inquisitorio – che non è stato contestualmente ripulito da una serie di formalismi – ad aver prodotto l'attuale situazione di collasso della giustizia penale. È un regime che, anche in virtù della non esecutività della pena dopo il primo grado, ha reso conveniente il ricorso alle più varie impugnazioni anche solo per ritardare il carcere o, meglio ancora, per raggiungere la prescrizione del reato, complice il perverso meccanismo vigente. Sono tutti profili non coerenti con lo spirito del sistema accusatorio prescelto e rappresentano le principali cause del sostanziale fallimento del processo penale introdotto nel 1989.

#### **I due modelli a confronto**

Fino alla riforma del 1989 la disciplina processuale penale italiana era ispirata al cosiddetto modello **inquisitorio** l'accertamento dei fatti oggetto di procedimento penale era condotto direttamente dal giudice istruttore che, lavorando in collaborazione con il pubblico ministero, dirigeva le indagini e assumeva le prove su cui si sarebbe poi fondato il giudizio. La persona accusata era sostanzialmente estranea all'attività procedimentale, rimanendo in un ruolo di attesa e difesa passiva. Nel processo, poi, avevano un ruolo determinante le prove raccolte in istruttoria dall'autorità inquirente e senza la



partecipazione della difesa, di cui era consentita una ampia utilizzazione.

Va detto che quel sistema aveva dei pregi. Primo fra tutti quello della snellezza e funzionalità, perché la raccolta della prova non era condizionata da garanzie formali di pubblicità, partecipazione e intervento delle parti private. La selezione delle prove e l'esclusione di quelle superflue e irrilevanti era compiuta in maniera unilaterale e quindi maggiormente efficace. Non di rado, la riservatezza dell'acquisizione della prova giovava alla sua genuinità, oltre che alla speditezza, essendo assunta in tempi rapidi e normalmente ravvicinati ai fatti, secondo schemi flessibili, e non condizionata dalle rigidità, anche cronologiche, e dalle possibili distorsioni derivanti dalla pubblicità degli atti. Naturalmente era necessario confidare nella assoluta imparzialità dell'azione dell'autorità inquirente.

D'altra parte, proprio tale metodologia fortemente improntata alla conduzione unilaterale e maggiormente autoritaria del procedimento imponeva che le valutazioni in merito fossero sindacabili da parte di chi le aveva subite senza poter interloquire in maniera decisiva, sia con riferimento al procedimento utilizzato che alle conclusioni raggiunte. Ciò giustificava quindi un sistema articolato di verifica nei successivi gradi di giudizio - un ulteriore grado di merito e uno di legittimità - che permettessero una rivisitazione integrale e approfondita della vicenda - storica e procedimentale - da parte di un altro giudice, nonché un vaglio di legittimità, formale e sostanziale, delle scelte operate.

Il sistema così congegnato operava con buona funzionalità, in maniera efficace ed effettiva, garantendo tempi di definizione ragionevoli, all'interno comunque di un quadro organico di complessivo e generale rispetto dei principi costituzionali di garanzia del diritto di difesa e in conformità ai principi oggi convenzionalmente ricondotti al concetto di «giusto processo».

Il processo di tipo **accusatorio** si basa invece sul presupposto, di carattere epistemologico prima che giuridico, secondo cui il metodo più efficace per accertare fatti controversi sia

la contrapposizione fra le parti che, messe in condizioni di dibattere, argomentare e sostenere le proprie tesi, sono in grado di fornire il massimo livello di ampiezza e profondità di informazioni e valutazioni necessarie alla decisione.

Nel "processo di parti" l'accusa e la difesa; il pubblico ministero e l'imputato dibattono in condizioni di tendenziale parità, avanti ad un giudice imparziale privo di rapporti processuali privilegiati con uno o l'altro degli attori del processo e anche di ogni conoscenza pregressa rispetto alla vicenda oggetto di accertamento. Per un dibattimento che parte "inconsapevole" è necessario, pertanto, che tutte le prove utili alla decisione finale si formino al suo interno, secondo i principi di immediatezza e oralità e, soprattutto, nel contraddittorio. La difesa e l'imputato sono messi in condizioni di interloquire su ciascuna prova richiesta dal pubblico ministero e di partecipare alla sua assunzione, interrogando direttamente, ad esempio, i testimoni dell'accusa. È stabilito inoltre che gli atti delle indagini preliminari non possono essere utilizzati e neppure resi noti al giudice.

La legge stabilisce in maniera inderogabile, a pena di nullità di tutto il processo, che il giudice che decide deve essere lo stesso che ha assistito direttamente ad ogni fase dell'istruttoria e non può essere sostituito. Ciò significa, per esempio, che se per motivi sopravvenuti un giudice - anche uno solo dei componenti del collegio - deve essere sostituito prima della decisione, il dibattimento deve ricominciare dall'inizio e ripercorrere tutte le sue fasi.

Si è creato così un sistema fortemente incentrato sul giudizio di primo grado, cui tutte le parti, private e pubbliche, partecipano attivamente attraverso un apparato di garanzie formali rigido e rigoroso.

Tuttavia "l'ibridazione" dei due modelli processuali avvenuta in Italia, se non del tutto giustificabile, è quanto meno spiegabile alla luce della nostra tradizione giuridica e non è detto che l'importazione di un modello americano "puro" farebbe funzionare meglio

le cose. Certi innesti giuridici artificiosi non funzionano: ci sono elementi irrinunciabili del sistema processuale italiano che rispondono a principi fondamentali della nostra convivenza civile profondamente radicati anche nella nostra democrazia costituzionale: pensiamo all'obbligatorietà dell'azione penale (che discende dal principio dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge sancita dall'art. 3 Cost.) e alla necessità di una motivazione a corredo della sentenza. Ma irrinunciabili non significa immodificabili. Non sarebbe contrario ai principi costituzionali prevedere, ad esempio, una diversa modulazione dell'obbligo dell'azione penale in presenza di fatti di scarsa gravità o offensività sociale, oppure l'individuazione di criteri di priorità oggettivi (nulla a che vedere con la direzione "politica" già proposta da qualcuno) per indirizzare l'azione della pubblica accusa, anche in funzione della convenienza per lo Stato ad avviare un procedimento penale (magari per comminare una sanzione pecuniaria di poche centinaia di euro); come pure sarebbe conforme ai nostri principi una motivazione della sentenza sintetica, purché idonea a far comprendere le ragioni della decisione.

La linea seguita dalla legislazione recente in materia processuale, viceversa, è stata non solo timida nell'attuare i necessari adeguamenti ma addirittura diffidente verso il nuovo sistema e ha generato una moltiplicazione di formalismi che, più delle garanzie processuali, ha aumentato gli ostacoli all'accertamento dei fatti nel processo, senza grande coerenza con i principi del sistema accusatorio. Invero, il proliferare dei formalismi ha un esito controproducente: anziché tutelare l'imputato ne indebolisce la posizione in quanto il giudice è spinto

a rispettare l'applicazione solo formale, e non sostanziale, delle garanzie.

Si tratta evidentemente di un retaggio del vecchio rito inquisitorio ancora duro a morire. In quella dimensione processuale non c'è parità tra le parti, è lo Stato che agisce *contro* l'imputato e, per bilanciare la disparità delle forze in campo, la legge dà a quest'ultimo facoltà di difesa che comprendono anche una sorta di "resistenza passiva": può non presentarsi, non rispondere, porre eccezioni per ritardare la conclusione del processo ecc.; in una parola, può non essere collaborativo. Ma queste facoltà perdono di senso e da garanzie diventano, appunto, puri formalismi in un processo in cui le parti - accusa e difesa - si fronteggiano *alla pari*. In tale contesto la partecipazione attiva al processo non è più una facoltà ma deve diventare un obbligo, pena il malfunzionamento di tutto il sistema. Il nostro meccanismo processuale si ispira a un modello competitivo in cui, però, una delle parti può rifiutarsi di competere e al tempo stesso avvantaggiarsi di tale rifiuto. Al punto in cui siamo, occorre interrompere questo circuito vizioso e concentrarsi, senza faziosità, sulle misure pragmatiche necessarie, anche prendendo spunto dall'esperienza americana.

### Le strade della "convenienza" processuale

Partiamo dalla triste constatazione che l'attuale gestione non consente sempre di fare processi di primo grado "seri", cioè di dare al dibattimento e al giudizio di cognizione piena la centralità che meriterebbero in

un modello accusatorio degno di questo nome. Questo succede perché la "linea di produzione" è di fatto una sola e tutto il contenzioso penale passa di lì, che si tratti di inezie o di giudizi di rilevanza penale e sociale enorme. Il giudice è formalmente costretto a dedicare la stessa attenzione e ad adottare spesso la stessa procedura per entrambi. Non solo: anche nei procedimenti complessi e rilevanti, nei quali l'accertamento dei fatti in dibattimento ha un'importanza fondamentale, il tempo dedicato all'esame del merito, il cuore della vicenda penale, è minimo rispetto a quello occupato nell'adempimento di incombenze procedurali spesso puramente formali e defatiganti. È necessario quindi superare gli steccati ideologici e infrangere – o quanto meno discutere – il "tabù" del contraddittorio *a tutti i costi*. Nel senso che un ordinamento processuale moderno deve fondarsi (anche) su una pragmatica valutazione costi/benefici: non si può pensare di impiegare risorse economiche, umane e organizzative in un contraddittorio articolato e complesso per infliggere mille euro di multa.

La questione va attaccata da diversi fronti. Uno è senza dubbio quello della *depenalizzazione* di illeciti che non destano più allarme o riprovazione sociale e per i quali, di fatto, non è prevista una pena detentiva, che potrebbero essere sanzionati in via amministrativa. Abbiamo già affrontato<sup>2</sup> gli effetti perversi della *panpenalizzazione* unita all'obbligatorietà dell'azione penale: significa, nella pratica, ingolfare il sistema (anche) con cause bagatellari sottraendo energie alle questioni

<sup>2</sup> Cfr. M. Vietti, *La fatica dei giusti*, cit., p. 71 ss.

di maggior rilievo. Ma la depenalizzazione ha incontrato storicamente nella nostra cultura legislativa una certa resistenza e anzi periodicamente si sono registrate pulsioni inverse con la creazione di nuove (e spesso discutibili) fattispecie di reato. Questa strada va percorsa con realismo e senza farsi illusioni. Peraltro la depenalizzazione è un intervento "chirurgico", può essere eseguito solo col bisturi e non con l'accetta. Non si può, ad esempio, utilizzare il criterio generale dell'effettiva applicazione della pena detentiva e depenalizzare tutto ciò per cui, nella pratica, non "si va in galera": ci sono delle fattispecie che per ragioni storiche e culturali vanno lasciate all'interno del processo e giudicate nel contraddittorio delle parti (penso, per esempio, a un reato "attuale" come la diffamazione). Senza contare che la qualificazione "penale" di un illecito conserva sempre, nella percezione sociale diffusa, un effetto deterrente. Inoltre depenalizzare significa trasferire la sanzione degli illeciti sul piano amministrativo e talvolta non trovare all'interno delle amministrazioni le strutture e gli organismi deputati a questa gestione o comunque in grado di fronteggiare la prevedibile ondata di contenzioso: si perderebbe così la certezza della sanzione con le immaginabili, disastrose, conseguenze proprio sul piano della deterrenza.

Oltre che una *depenalizzazione* mirata, quindi, bisogna azionare altre leve, soprattutto quelle già a disposizione dell'ordinamento che non richiedono particolari interventi legislativi. Parlo dei *riti sommari* e del loro effettivo utilizzo: le questioni di *minore rilievo*, e soprattutto quelle che non richiedono un contraddittorio perché la prova è elementare e immediatamente dispo-

abile, devono necessariamente passare di qui. Non è pensabile, per fare un esempio ricorrente nella quotidianità dei tribunali, che per un reato come la guida in stato d'ebbrezza si debba ricorrere a un contraddittorio pieno: basterebbe che il giudice, preso atto dei riscontri della polizia stradale e del risultato del test alcolimetrico e chiesto all'imputato cos'ha da dire in sua difesa, comminasse la pena e chiudesse così la questione. Potendo poi dedicare più tempo e attenzione – lui in persona o il sistema nel suo complesso – alle questioni di maggiore importanza. La summary – come altri ordinamenti chiamano questo rito accelerato – è più coerente con un successivo giudizio in appello di natura "cartolare": è razionalmente più accettabile che un secondo grado, il quale verte essenzialmente sull'esame del fascicolo, faccia riferimento a un precedente giudizio svolto in forma sintetica piuttosto che a un dibattimento orale ampio e complesso.

Un altro intervento urgente che contribuirebbe ad alleggerire e fluidificare il meccanismo giudiziario – sul quale si registra il consenso pressoché unanime sia della magistratura che dell'avvocatura e che è già oggetto di un disegno di legge – è la sospensione del processo per gli irreperibili e l'eliminazione dal codice di ogni riferimento al processo in contumacia: il processo non deve essere celebrato in assenza dell'imputato che vi si è volontariamente sottratto. È una regola fondamentale di economia processuale che eviterebbe un dispendio di energie il più delle volte inutile.

Ma la vera "rivoluzione americana" dell'ordinamento penale italiano sarebbe una reale diffusione nella

prassi processuale del patteggiamento, ossia di quella transazione di natura quasi "privatistica" tra accusa e difesa che ancora tanta fatica fa ad affermarsi nei nostri tribunali. Se in Italia il patteggiamento, pur introdotto da parecchi anni, resta un esito processuale ancora eccezionale, la ragione sta nella convenienza dell'istituto, cioè nella ponderazione che l'imputato fa tra due vantaggi, uno minore ma certo e uno maggiore ma eventuale: da una parte, cioè, la riduzione della pena, dall'altra i possibili esiti più favorevoli derivanti dalla prosecuzione del giudizio. E questo ha a che fare inevitabilmente con altre variabili del processo. Nessuno, ad esempio, sceglie l'uovo del patteggiamento oggi se domani può ottenere la gallina della prescrizione. La prescrizione, che ha termini ridotti e che continua a correre anche a processo avviato, la non esecutività della sentenza di primo grado e la facoltà pressoché illimitata di impugnarla sono tre elementi che "sabotano" il patteggiamento: perché devo accettare una pena, per quanto ridotta, se ho una buona probabilità di farla franca allungando i tempi del processo? A dimostrazione di quanto la convenienza sia l'unica leva per rendere effettivamente funzionante questo meccanismo processuale è interessante osservare, ancora una volta, quello che succede per un reato minore come la guida in stato d'ebbrezza. La "vera" sanzione per questo reato non è l'ammenda, né tantomeno l'arresto (di fatto inapplicato), quanto la confisca del veicolo. Perciò l'imputato preferisce patteggiare chiedendo la sanzione alternativa del lavoro di pubblica utilità, così da vedere il periodo di sospensione della patente ridotto alla metà e ottenere la revoca della confisca del veicolo. Questo mec-

canismo ha prodotto un picco di richieste di patteggiamento, unico modo per rientrare subito in possesso dell'automobile. La mancanza di alternative, o meglio di *escamotage* processuali, ha fatto diventare il patteggiamento la soluzione più conveniente.

Se questa logica del *trade-off* tra costi e benefici prendesse piede nella mentalità e nella prassi processuale raggiungeremmo un corretto bilanciamento dell'impegno di risorse in rapporto all'entità delle questioni da decidere e degli interessi in gioco. Avremmo un sistema più equilibrato in cui non si pretende di applicare a ogni questione la medesima attenzione (formale) e il medesimo sistema di garanzie. La logica dello "scambio" – inteso come la salutare ricerca di un equilibrio tra le esigenze di giustizia e di efficienza – presuppone, però, che se ottengo un vantaggio dal patteggiamento poi non faccio appello contro quella decisione. O che se accedo a un giudizio a cognizione piena, con tanto di esame delle prove in dibattimento, poi non posso pretendere una revisione del processo in un giudizio di appello basato sulla semplice lettura degli atti, ma solo ricorrere in cassazione per motivi di legittimità specifici e circoscritti. Sono limitazioni necessarie che rispondono a un principio economico in un sistema di risorse scarse. Perché pretendere di giudicare tutto allo stesso modo significa non giudicare bene nulla.

### 3. L'appello penale, un'incongruenza da sanare

Il sistema delle impugnazioni penali merita alcune riflessioni separate. Si è già detto che il codice di procedura penale del 1989 ha introdotto nel sistema processuale il rito accusatorio, in base al quale l'accertamento della vicenda sottoposta a giudizio deve avvenire nel contraddittorio tra le parti, secondo le regole dell'oralità e dell'immediatezza, e che i principi del cosiddetto «giusto processo» sono oggi costituzionalizzati all'art. 111 modificato nel 1999 con l'inserimento di quattro nuovi commi; questi prevedono, tra l'altro, il «contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale», la «ragionevole durata» del processo, una serie di garanzie per l'imputato tra cui il diritto a essere informato tempestivamente e riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa e di interrogare i testimoni a suo carico e a sua difesa (a parità di condizioni con l'accusa), nonché la regola secondo cui la colpevolezza «non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre

volontariamente sottratto all'interrogatorio». Analoghe affermazioni sono contenute nell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che nel nostro sistema ha un valore analogo a quello delle norme costituzionali. L'insieme delle regole che definiscono il modello processuale accusatorio, quindi, ha trovato applicazione nella disciplina del giudizio ordinario di primo grado che, con l'eccezione dei riti alternativi quali l'abbreviato o il cosiddetto «patteggiamento» – in cui è l'imputato stesso a rinunciare alla celebrazione del dibattimento in contraddittorio in cambio di un sostanzioso sconto di pena –, è effettivamente governato dai principi di immediatezza e oralità e dal contraddittorio.

### Una riforma a metà

Questo processo riformatore, però, si è innestato su un corpo vecchio, che solo in parte è stato adattato al cambiamento. Nonostante l'introduzione del rito accusatorio, sono stati conservati – come si è visto – molti istituti propri del vecchio rito inquisitorio, in particolare in materia di impugnazioni. Primo fra tutti il nostro processo di appello, mantenuto con la stessa struttura nonostante la scarsa compatibilità con la nuova scelta processuale.

Così per il nostro attuale ordinamento il giudice di appello, al di fuori di ipotesi eccezionali, adotta una nuova valutazione della vicenda oggetto del procedimento sulla base della lettura degli atti formati avanti al primo giudice e quindi senza avere nessuna parteci-

pazione diretta alla fase di costituzione della prova. Si realizza in tal modo quel modello di decisione adottata attraverso una conoscenza astratta e indiretta degli atti processuali che il legislatore aveva voluto impedire in primo grado imponendo il rito accusatorio.

Dal punto di vista sistematico l'effetto è aggravato dal già citato *effetto devolutivo* dell'appello sulla controversia, cosicché la decisione, quantomeno in relazione ai punti oggetto di impugnazione, si sovrappone integralmente alla sentenza di primo grado, sostituendola. Il giudice di appello, quindi, per la materia cui si riferiscono le censure delle parti, conduce sostanzialmente un nuovo giudizio con un potere di integrale rivalutazione del materiale istruttorio acquisito, nonché di nuova argomentazione, con l'unico limite, per il caso in cui l'impugnazione sia stata proposta dal solo imputato, del divieto di *reformatio in peius*, cioè di giungere ad un verdetto e di irrogare una pena più severa di quelli adottati dal primo giudice.

Questo stato di cose ha da tempo attratto le critiche degli studiosi e degli operatori del diritto, i quali muovono rilievi dal punto di vista sia teorico che pratico. Sotto il profilo dogmatico il nostro giudizio di appello, infatti, è una negazione del metodo accusatorio in quanto consente che una valutazione cartolare del materiale, compiuta al di fuori del contraddittorio da parte di un giudice che non abbia partecipato all'assunzione della prova, possa vanificare l'accertamento compiuto nel dibattimento di primo grado. A ciò si aggiunga che la scelta del rito accusatorio ha inequivocabilmente attribuito al giudizio di primo grado un'assoluta centralità, in particolare dal punto di vista delle

garanzie, anche formali, di partecipazione delle parti private, creando una procedura molto articolata, impegnativa e dispendiosa in termini di risorse materiali e umane e in termini di tempo necessario per portarla a compimento. Sotto il profilo pratico la giustapposizione di una seconda fase di integrale nuova cognizione nel merito – al di là delle perplessità metodologiche già evidenziate – ha finito per produrre nel sistema italiano un sensibile allungamento dei tempi dei procedimenti che decreta molto spesso il definitivo fallimento dell'istanza di giustizia a causa della prescrizione del reato. Prescrizione che nel nostro ordinamento continua a correre fino alla sentenza definitiva e costituisce un formidabile incentivo per l'imputato a proporre ogni forma di impugnazione disponibile, anche se infondata, al solo scopo di evitare il passaggio in giudicato della decisione, nella speranza di lucrare l'estinzione del reato per decorso del tempo. Inoltre la possibilità di conseguire tutti gli effetti di maggior favore da parte dell'imputato grazie alla celebrazione di un processo accusatorio ricco di garanzie costose e impegnative, senza dover rinunciare neppure allo strumento (di impostazione inquisitoria) del grado di appello di merito, con l'elevatissima probabilità di ottenere almeno la prescrizione, disincentiva fortemente l'utilizzazione di quei riti alternativi il ricorso ai quali è condizione necessaria – a costo di ripetersi – per il funzionamento del processo penale accusatorio. E infatti il fallimento di questa scommessa è oggi piuttosto evidente.

### *I numeri del collasso*

Tutto ciò produce, nell'ordinamento italiano, un numero di impugnazioni nettamente superiore a quello di altri paesi europei con ordinamento giuridico simile. Due esempi: la *Cour de Cassation* francese ha visto sopravvenire nell'anno 2011 un contenzioso penale di 8.759 procedimenti, di cui 7.926 sono stati definiti nello stesso anno; presso il *Tribunal Supremo* spagnolo, la *Sala segunda* (competente per il settore penale) ha visto pervenire 5.333 affari nel 2010 e 5.012 affari nel 2011, a fronte di una definizione rispettivamente di 5.143 e 4.520<sup>1</sup>. Presso la Corte di cassazione italiana, invece, secondo i dati della Direzione generale di statistica del Ministero della Giustizia, nel 2011 sono stati iscritti 50.922 nuovi procedimenti e ne sono stati definiti 49.954. Solo un notevole sforzo organizzativo, pur in presenza di risorse umane e materiali limitate per la grave carenza degli organici e una produttività fuori dal comune dei singoli magistrati (nel 2011 ciascun consigliere ha definito in media 496 procedimenti), hanno permesso di mantenere la durata media del giudizio di legittimità in termini cronologici accettabili (7,1 mesi nel 2011, 6,9 nel 2010).

Anche l'afflusso di procedimenti alle corti d'appello costituisce un dato estremamente preoccupante per la giustizia penale italiana, se si considera che nel

<sup>1</sup> Rispettivamente, *Statistiques 2011*, in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), e *Tribunal Supremo del Reino de Espana, Memoria 2010* (entrambi citati dalla relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 2012).

La giustificazione di tale dissimmetria con maggiore garanzia di riesame per i processi relativi a reati più lievi è comunemente riferita dalla dottrina alla circostanza che presso l'*Amtsgericht* l'elevato numero di processi e il ridotto impiego di giudici togati non assicurano l'approfondita e definitiva cognizione del merito che giustifica l'eliminazione di ogni ulteriore riesame.

In **Spagna** non esiste una disciplina organica complessiva delle impugnazioni di derivazione costituzionale, cosicché il diritto a ricorrere avverso le decisioni di primo grado è ricavato dalle norme internazionali cui il paese si è vincolato ad aderire. In ogni caso, si può dire che i mezzi ordinari di impugnazione delle sentenze – alternativi tra loro pur essendo entrambi devolutivi – sono l'*apelación* e la *cassación*.

Il ricorso per cassazione al *Tribunal Supremo* è ammesso contro le decisioni della *Audiencia Provincial*, che è competente per i delitti puniti con pena superiore a cinque anni. Per i delitti puniti con pena inferiore a cinque anni – normalmente di competenza del *Juez de lo Penal* – o per le *faltas* (contravvenzioni) è previsto unicamente l'appello; contro le sentenze di appello non è dato ulteriore mezzo ordinario di impugnazione. Sia l'appello che la cassazione possono essere proposti per un numero tassativo di motivi previsti dalla legge, valutati rigorosamente soprattutto dal *Tribunal Supremo* competente alla cassazione. La proposizione di entrambi i mezzi è subordinata alla autorizzazione da parte del giudice che ha emesso la sentenza impugnata.

Una disciplina a parte è prevista per il *Tribunal del Jurado* cui partecipa la giuria popolare e ha una competenza riferita tendenzialmente ai reati gravi contro la persona. Per tali procedimenti sono previsti tre gradi di giudizio; l'appello – avanti il *Tribunal Superior de la Justicia* – però non è a forma libera ma subordinato alla proposizione di motivi tassativamente elencati.

La **Francia** ha una disciplina simile a quella italiana che prevede l'appello con nuova devoluzione della vicenda nel merito e il ricorso in cassazione per motivi di legittimità, rigo-

rosamente elencati e tassativamente interpretati. Solo per le sentenze della *Cour d'assises*, competente per i crimini più gravi, fino al 2000 non era previsto l'appello. È stato introdotto nel 2000 un *appel tournant* o *circulaire* che prevede la nuova devoluzione del giudizio ad altra corte d'assise, su iniziativa dell'imputato o del procuratore generale.

Al di fuori del continente europeo vale la pena richiamare il **sistema statunitense** in cui il giudizio di secondo grado è precluso al pubblico ministero se vi è stata assoluzione nel merito e può essere richiesto solo per motivi di diritto (in particolare procedurali). È competente al giudizio l'*appellate court* che, in caso di accertamento del vizio, pronuncia rinvio per il nuovo processo al giudice di primo grado.

### Per un appello coerente col modello accusatorio

Il quadro fin qui descritto rende evidente che la disciplina italiana delle impugnazioni penali – e in particolare il nostro modello di appello – deve essere profondamente rivista sia per ragioni teorico-sistematiche sia per motivi di funzionalità. È concettualmente poco compatibile un ulteriore giudizio di merito solo cartolare con un giudizio di primo grado strutturato secondo il rito accusatorio, in cui sia garantito il massimo di contribuzione di tutte le parti e la massima informazione diretta del giudice. Oltre ad ogni considerazione sull'affidabilità di un tale nuovo giudizio e ogni critica al fatto che sia dogmaticamente sovraordinato al primo, si pone obiettivamente una questione di ingiustificato dispiego di risorse materiali e umane con conseguente dilatazione dei tempi.

La soluzione più lineare è l'*eliminazione del giudizio di appello* quale secondo grado di merito con rife-



rimento a tutti i processi celebrati con *rito ordinario in primo grado*, cioè con il pieno dispiegamento del modello accusatorio. Diversamente, l'appello può ragionevolmente – e utilmente – essere conservato per i processi celebrati con il *rito abbreviato*, per i quali, di regola, la formazione della prova non è orale e non avviene nel contraddittorio delle parti. Tale opzione, che avrebbe il grande vantaggio di incentivare significativamente l'uso dei riti alternativi, non troverebbe ostacoli di rilievo sulla sua strada: non di natura costituzionale perché il doppio grado di giurisdizione *di merito* non è garantito dalla Carta, come riconoscono pacificamente anche la dottrina e la giurisprudenza ordinaria e costituzionale; né provenienti dalla Cedu, il cui Protocollo addizionale n. 7, all'art. 2, stabilisce sì che «Ogni persona dichiarata rea da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da un tribunale della giurisdizione superiore», ma ciò non significa, secondo il giudizio della nostra Corte costituzionale, che «il riesame ad opera di un tribunale superiore debba coincidere con un giudizio di merito. La formulazione dell'art. 2, nel demandare al legislatore interno ampi spazi per la disciplina dell'esercizio del diritto all'impugnazione, non esclude, infatti, che il principio si sostanzi nella previsione del ricorso in cassazione, già previsto dalla Costituzione italiana»<sup>3</sup>.

Appare quindi del tutto coerente e ragionevole, in un sistema processuale di stampo accusatorio, prevedere che l'impugnazione non possa avere come effetto e come oggetto il riesame critico generale e complessivo

<sup>3</sup> Corte Cost. sent. n. 288/1997 e, negli stessi termini, sent. n. 26/2007.

dei risultati dell'accertamento in primo grado, non dia luogo ad un nuovo giudizio sul fatto, ma costituisca un presidio di controllo della legittimità della decisione esclusivamente sotto il profilo del rispetto delle regole procedurali e della corretta interpretazione del diritto applicato, per correggerne eventuali vizi. Tale controllo sul rispetto delle regole processuali e sulla corretta interpretazione del diritto potrebbe anche essere demandato ad un riformato giudizio di appello di tipo cassatorio, ma assai più razionalmente dovrebbe essere assegnato alla nostra Corte di legittimità. Si tratta, infatti, di una funzione che nell'ordinamento italiano è attribuita dall'art. 111 della Costituzione al ricorso in cassazione, di cui il giudizio di appello finirebbe per costituire un duplicato superfluo.

Un tale radicale intervento, in linea di principio, potrebbe determinare un ulteriore afflusso di nuovi processi a una Corte di cassazione già in sofferenza. Ma in realtà già oggi il ricorso per cassazione copre questa tipologia di censure e le parti lo utilizzano pressoché in tutti i processi, così che non sembra sia ipotizzabile un incremento davvero significativo di controversie innanzi la Corte di cassazione. E comunque il giudizio di legittimità dovrebbe integralmente ristrutturarsi per rendere compatibile il ruolo di giudice di seconda istanza con quello di organo della funzione nomofilattica a garanzia dell'unità del sistema giuridico.

D'altra parte, con l'eliminazione del secondo grado di merito resterebbe un'impugnazione di natura esclusivamente *rescindente*, per la quale, cioè, in caso di difetto di legittimità, la sentenza di primo grado viene annullata, non modificata, e segue un nuovo processo

di primo grado orale e immediato secondo il canone accusatorio. Una simile soluzione dovrebbe essere accompagnata da una radicale revisione della disciplina della prescrizione, da un lato per escludere che la prospettiva dell'estinzione del reato agisca da moltiplicatore delle impugnazioni a solo scopo dilatorio e, dall'altro, per garantire uno spazio processuale che consenta l'eventuale ripetizione integrale del processo.

*La «ragionevole durata» e il recupero dei tempi processuali*

Le principali obiezioni all'ipotesi della sola impugnazione cassatoria (sia essa effettuata dalla corte di appello e/o dalla Corte di cassazione), con la conseguente possibilità di celebrare un nuovo giudizio di primo grado, richiamano il rischio di violazione di un altro principio costituzionale, quello della ragionevole durata del processo: rifare daccapo un primo grado richiede troppo tempo. Ma queste obiezioni sono superabili sia sotto il profilo teorico che pratico. Dal primo punto di vista basti ricordare il costante indirizzo interpretativo della Corte costituzionale secondo cui il principio di ragionevole durata del processo va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, non potendo essere perseguito con la soppressione totale di rilevanti facoltà processuali delle parti. Dal punto di vista pratico, invece, occorre considerare che la soluzione proposta dovrebbe riguardare esclusivamente i processi in cui il primo grado si sia effettivamente svolto secondo il rito accusatorio, nella pienezza del contraddittorio e, soprattutto, solo per vizi che giustificano realmente

tale rinnovazione, essenzialmente attinenti alla corretta acquisizione della prova. Se al contrario l'indagato sceglie la strada dei riti alternativi – che consentono la decisione sulla base degli atti di indagine acquisiti durante le investigazioni preliminari con conseguente rinuncia al dibattimento, alla quale corrisponde, in caso di condanna, una riduzione della pena – non ci sarebbe motivo di stravolgere l'attuale assetto processuale. In questo caso, infatti, il riesame in appello del primo giudizio sarebbe coerente col meccanismo nel suo complesso, dal momento che anche in prima istanza la valutazione avviene a seguito di una cognizione solo cartacea e indiretta della vicenda. In altre parole, il costo della rinuncia a vedere la prova formarsi davanti a sé in dibattimento sarebbe compensato per l'imputato, oltre che dallo sconto di pena, anche dalla possibilità di una revisione della decisione più approfondita in sede di impugnazione. In fine dei conti, la disciplina differenziata delle impugnazioni in base al rito prescelto dall'indagato in primo grado avrebbe l'effetto di ricondurre a razionalità il sistema e anche di recuperarne la funzionalità, grazie all'effetto fortemente incentivante dei riti alternativi.

*Giudizi a rito ordinario: di meno e meglio*

Una sana economia processuale vuole dunque che, se si concentra nel giudizio di primo grado il massimo di investimento delle energie per l'accertamento dei fatti sottoposti a giudizio, non se ne ridiscutano integralmente le conclusioni in una sede diversa. L'attuale

sistema, invece, affianca al massimo dell'impegno nel giudizio di primo grado – che costituisce la garanzia nel sistema accusatorio della correttezza della decisione – anche la pleora di rimedi impugnatori tipici, invece, dei sistemi inquisitori, che si ritiene non offrano in primo grado un'analogia affidabilità nell'accertamento. Si è così composto quel sistema burocratico, complesso e ipertrofico che ha indotto parte della dottrina a parlare di «gigantismo» del sistema dell'appello penale e che tra l'altro si presta ad «uno strumentale uso distorto del mezzo di impugnazione, depauperando il sistema di efficacia ed effettività»<sup>4</sup>.

Un'innovazione come quella proposta dovrebbe produrre l'effetto – auspicato dai commentatori fin dall'introduzione del nuovo codice – che il rito ordinario, con i suoi elevati costi procedurali, non costituisca più la *regola* processuale, ma diventi l'*eccezione*, rimanendo dedicato a poche fattispecie effettivamente più complesse e delicate. Le vicende che richiedono minore impegno nella ricostruzione dei fatti, e che costituiscono la parte quantitativamente più rilevante del contenzioso penale, potranno essere più rapidamente definite in primo grado secondo le forme del rito abbreviato o dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (patteggiamento), senza l'aggravio della fase dibattimentale.

Portando alle estreme conseguenze tale nuovo as-

<sup>4</sup> H. Belluta, «L'appello, patologie croniche ed acute», in *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, Progetto di ricerca di interesse nazionale coordinato dall'Università di Bologna, prof. Renzo Orlandi.

setto, si potrebbe ipotizzare di rafforzare ulteriormente la garanzia del giudizio di primo grado celebrato con il rito accusatorio, imponendo sempre il *giudice collegiale*.

### *Verso un'impugnazione responsabile*

Nel caso di appello a seguito di giudizio di primo grado svolto nelle forme del rito abbreviato, un ulteriore strumento di alleggerimento della pressione sulle corti d'appello potrebbe essere l'eliminazione del divieto per il giudice dell'impugnazione, nell'ipotesi che appellante sia solo l'imputato, di irrogare una pena più grave, per specie e quantità, di applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, di prosciogliere l'imputato con formula meno favorevole di quella presente nella sentenza appellata. Il cosiddetto *divieto di reformatio in pejus*, che è una tipica espressione del *favor rei*, non è un principio assoluto, ma anzi una deroga al principio di legalità che governa il sistema penale e sottende un chiaro favore verso l'appello quale strumento di controllo sulla prima decisione. Al contrario, concepire l'impugnazione come giudizio aperto, che può in teoria concludersi in maniera svantaggiosa per l'imputato rispetto all'esito della prima pronuncia, dovrebbe costituire un fattore di maggiore responsabilizzazione dell'interessato che sarà indotto a valutare in maniera più approfondita i rischi e le opportunità derivanti dall'iniziativa, evitando impugnazioni pretestuose o sicuramente infondate. L'istituto potrebbe, invece, restare immutato, laddove si preferisse conservare il massimo incentivo alla scelta per il rito alternativo.

#### 4. Il regime della prescrizione tra processo breve e processo lungo

Se si vuole tentare un approccio organico al tema della giustizia effettiva e dell'efficacia della macchina giudiziaria, alle considerazioni appena svolte sulle impugnazioni deve necessariamente aggiungersi una riflessione critica sul regime della prescrizione. Diciamolo subito: appare ormai evidente che il meccanismo della prescrizione, com'è congegnato attualmente nell'ambito del processo penale italiano, non serve né la causa dell'efficienza né quella della giustizia. Non è funzionale alla prima perché, lungi dall'essere uno strumento deflattivo, stimola – come si è visto – una condotta processuale che ha il solo scopo di allungare il processo per far intervenire, appunto, la prescrizione del reato anche solo un attimo prima della sentenza definitiva. Del resto, quale capacità deflattiva può mai avere uno strumento che ammazza i processi dopo che lo Stato ha già investito il massimo delle energie disponibili, con

indagini, dibattimento, magari anche secondo e terzo grado? E di conseguenza questa prescrizione non giova alla giustizia perché conduce alla prematura estinzione di un processo già avviato, non alla sua naturale conclusione, vale a dire l'accertamento, nel merito, dei fatti e delle responsabilità.

Se alla fine degli anni '80 il numero delle prescrizioni dichiarate era di poche migliaia, ora questo numero raggiunge quasi i 130.000 reati all'anno. Solo nel 2010 i giudizi "morti" per prescrizione del reato tra la sentenza di primo grado e quella di appello sono stati 14.009, quasi il 20% del contenzioso trattato. In un caso su cinque l'imputato evita la decisione finale e lo Stato è costretto a rinunciare al suo diritto-dovere di fare giustizia anche dopo avere messo in moto il complesso (e costoso) meccanismo del procedimento penale. Ciò dipende (anche) dal fatto che l'istituto della prescrizione non è stato coniugato con il "nuovo" rito accusatorio, in dipendenza del quale sarebbe stato ovvio pensare a un allungamento dei termini di prescrizione o comunque ad un adeguamento della relativa disciplina al mutato sistema processuale. Al contrario, la linea di tendenza degli ultimi anni è stata quella di abbreviare i termini di prescrizione e ampliarne i casi. Sicché la prescrizione è oggi una meta sempre più vicina e raggiungibile per un numero sempre maggiore di imputati. Con buona pace dell'obbligo dello Stato di rendere giustizia e del diritto del cittadino di ottenerla. Paradossalmente in questo percorso ad ostacoli che è diventato il processo penale, vince chi arriva per ultimo!

### Un istituto deformato e un falso strumento deflattivo

Vale la pena di ricordare in estrema sintesi che le maggiori "storture" dell'attuale regime della prescrizione penale sono state introdotte soprattutto dalla legge n. 251/2005, cosiddetta «ex-Cirielli» (dal nome del suo primo firmatario, che poi l'ha sconfessata). Questo provvedimento ha rivoluzionato il precedente metodo di calcolo equiparando il termine di prescrizione alla pena edittale massima stabilita per ciascun reato, senza tener conto delle attenuanti o delle aggravanti generiche, con un limite minimo di 6 anni per i delitti e di 4 anni per le contravvenzioni. Il legislatore ha discutibilmente scelto criteri di severità diversi: mentre per i reati contravvenzionali, di minore gravità, il trattamento previsto dalla ex-Cirielli è risultato meno favorevole rispetto a quello precedentemente in vigore (prima i termini di prescrizione erano di 2 e 3 anni rispettivamente per i reati puniti con la sanzione pecuniaria o con l'arresto), paradossalmente per i delitti, di maggiore gravità, la nuova disciplina ha decisamente avvantaggiato l'imputato: la normativa previgente fissava, infatti, una prescrizione a scaglioni progressivi da 5 a 20 anni in base alla quale, ad esempio, un reato punito con una pena detentiva massima di 8 anni si prescriveva in 10 e un reato con una pena di 12 anni si prescriveva in 15; per gli stessi reati ora l'imputato beneficia sostanzialmente di uno "sconto" sulla durata della prescrizione rispettivamente di 2 e 3 anni.

L'impatto negativo della riforma sulla effettiva perseguibilità dei reati appare confermato anche se si guarda alle regole che disciplinano la sospensione

nasce, quindi, come strumento deflattivo del carico giudiziario, come il killer dei processi che durano troppo, ma come strumento per stabilire una proporzionalità tra l'evento e il tempo di attesa della reazione dello Stato, in modo non troppo dissimile da quanto avviene nel segmento civile (non coltivo un mio diritto per un certo tempo, quindi l'interesse ad agire viene meno).

È qui sta il punto. È questo, cioè, il passaggio logico che "salta" nella prescrizione com'è strutturata attualmente in Italia. La domanda da farsi è: se la prescrizione è una limitazione temporale al diritto-dovere dello Stato di perseguire un reato, superata la quale tale diritto-dovere decade, ha senso che essa continui a correre anche dopo l'avvio del procedimento penale, ossia una volta oltrepassato lo spartiacque che divide l'"indifferenza" per la condotta dalla volontà manifesta di dare ad essa una rilevanza penale? Se la risposta è negativa — come a me pare evidente — la domanda successiva non potrà che essere: qual è l'atto sufficiente a far cessare il decorso della prescrizione? È questo il vero interrogativo. Una prima risposta ci viene anche stavolta dall'osservazione delle realtà di altri ordinamenti.

#### Le esperienze degli altri

L'istituto della prescrizione esiste anche negli **Stati Uniti**, ma a differenza che in Italia il periodo di tempo necessario perché il reato si estingua deve essere decorso interamente *prima dell'inizio del processo* al momento del deposito dell'accusa. Infatti, se il processo viene iniziato, la prescrizione non può verificarsi più, *quale che sia la durata del processo stesso*. Questo regime della prescrizione influenza in modo determinante l'atteggiamento dell'imputato rispetto al fatto-

*re tempo* necessario per il processo. In America, a differenza che in Italia, una volta iniziato il processo l'imputato non può più sperare nella prescrizione, quindi non gli conviene tirare per le lunghe. Non a caso il processo penale in quel paese è assai rapido.

Un meccanismo analogo agisce in **Francia, Spagna e Belgio**, dove l'esercizio dell'azione penale ha un effetto sospensivo sulla prescrizione, mentre in **Germania** la prescrizione continua a correre anche a processo iniziato, ma i tempi raddoppiano automaticamente.

Il fatto di stabilire un momento in cui la prescrizione smette di correre risponde a un criterio di logica giuridica prima ancora che di efficienza. È impensabile, cioè, che quando lo Stato abbia manifestato, con un elevato grado di determinazione e di consapevolezza, la volontà di accertare la sussistenza della responsabilità penale in capo ad una persona per un certo fatto, il decorso, sia pur prolungato, del tempo possa consolidare un diritto a non essere giudicato. Tanto più se si considera il rilevante ruolo che il nostro ordinamento assegna allo stesso imputato nel contribuire al governo dei tempi processuali (si pensi, ad esempio, alla rilevanza delle scelte sul rito attribuite a quest'ultimo o alle molteplici occasioni in cui le scelte di maggiore o minore collaborazione processuale possono contribuire a determinare la durata del processo: formazione del fascicolo del dibattimento, lettura degli atti, cambio reiterato del difensore, piena disponibilità delle eccezioni processuali). Questo momento conclusivo coincide con l'atto attraverso il quale lo Stato manifesta il suo concreto e consapevole interesse a perseguire il reato: possiamo discutere quale sia questo atto ma è

evidente che, se esso ha a che fare con il procedimento penale perché lo avvia o ne scandisce una tappa importante, dovrebbe essere di per sé sufficiente a sospendere la prescrizione. Più che dalla riduzione dei tempi di prescrizione dei singoli reati; infatti, l'effetto perverso nel nostro ordinamento dell'attuale conformazione dell'istituto è prodotto dalla inesistenza di questo momento non occasionalmente sospensivo, motivo per cui la strategia difensiva dell'imputato si risolve spesso in una sfinita serie di istanze ed eccezioni con il solo scopo di allungare i tempi e guadagnare la prescrizione.

Credo che l'evento sospensivo possa essere il *rinvio a giudizio*, cioè il momento in cui un giudice (e non un pubblico ministero) stabilisce che il processo deve essere celebrato (sebbene l'attuale mole di contenzioso costringa un Gup italiano a esaminare circa 25 richieste di rinvio a giudizio a udienza – un numero che un suo collega americano non raggiunge in un mese – e questo possa compromettere la ponderatezza di questa prima fase del giudizio). Altrimenti – a voler essere più pragmatici e gradualisti nelle riforme – questo effetto potrà essere assegnato alla *sentenza di condanna di primo grado*, momento in cui si riconosce inequivocabilmente l'interesse pubblico alla persecuzione del reato ed un suo primo accertamento.

*La velocità del processo nelle mani dell'imputato o del giudice: un pungolo per entrambi*

Un'obiezione che viene mossa a questa ipotesi è che, così facendo, si passano interamente i comandi che regolano la velocità del processo dalle mani dell'imputato

a quelle del giudice, liberando, oltre tutto, quest'ultimo dalla necessità di accelerare i tempi e assegnandogli, così, un potere quasi "vessatorio" sull'imputato. Formulata in questi termini si tratta, a mio giudizio, di un'obiezione figlia di un garantismo male interpretato; un garantismo autentico è quello che si preoccupa di fornire all'imputato una serie di strumenti difensivi e di procedure rigorose che assicurino un giudizio equo e rapido *all'interno* del processo, non quello che gli consente di evitare il processo semplicemente ritardandolo e condannandolo all'estinzione. Non si deve dimenticare che l'interesse prevalente dell'imputato innocente è quello di arrivare a una sentenza che lo scagioni e infatti la legge gli riserva sempre la facoltà di rinunciare alla prescrizione del reato. Viceversa, la prescrizione com'è attualmente formulata in Italia è l'ultima spiaggia per chi non ha ragionevoli possibilità di essere considerato innocente. Ritengo, cioè, che il correttivo a questo cambiamento di approccio stia, in fondo, nel meccanismo procedurale stesso: saranno cioè le dinamiche tra le parti e i loro fisiologici conflitti di interessi a fungere da pungolo per una definizione del contenzioso in tempi ragionevoli.

Tuttavia il rischio di lasciare la scansione temporale della prosecuzione del giudizio interamente nelle mani di un giudice che potrebbe rivelarsi particolarmente inerte o inefficiente esiste e va controbilanciato. Qualora, quindi, la "mano invisibile" dell'economia processuale nella dialettica delle parti non agisse con la dovuta efficienza, si potrebbe intervenire predeterminando scansioni temporali "standard" per le diverse fasi, ossia delle durate massime commisurate *a priori*

alle difficoltà di accertamento e alle esigenze dibattimentali per determinati reati o per specifiche materie, da rendere effettive e stringenti. Però, non in ragione di sanzioni processuali finalizzate a “stroncare” il processo (come accadeva nel Ddl sul cosiddetto «processo breve»), bensì tramite rigorose ricadute disciplinari o sulle periodiche valutazioni di professionalità per il magistrato che non le rispetta. Con questo intervento “sinergico” – evento sospensivo e durata processuale predeterminata – si può spezzare il circolo vizioso che rende la prescrizione la meta per gli imputati “meno assolvibili” o l’alibi per i giudici meno solerti.

#### *Semplificare i termini e rivedere le decorrenze*

Occorre peraltro intervenire anche sul sistema di computo dei tempi di prescrizione, semplificandolo e abolendo talune norme indifendibili, quale, ad esempio, quella sulla *continuazione del reato*. L’attuale disciplina della prescrizione, se si eccettua l’ipotesi della recidiva, premia particolarmente chi commette più reati nel corso del tempo. Allo stato attuale, infatti, se il medesimo illecito viene reiterato per anni, la prescrizione corre distintamente per ciascun singolo atto criminoso e, man mano che maturano i termini, i reati più “antichi” risultano prescritti. Viceversa, nel medesimo caso, ai fini della determinazione della pena, l’attuale regime unificante impedisce la sommatoria delle pene, considerando quelle condotte come un unico reato: il *reato continuato*, appunto. Così formulata si tratta di una disciplina illogica e contraddittoria, specificamente introdotta per favorire surrettiziamente

l’imputato ai fini della prescrizione. Delle due l’una: o sussistono ragioni per ritenere che taluni reati commessi successivamente nel tempo da parte di un soggetto siano frutto di un unico disegno criminoso e li si considera unitariamente ai fini della pena, riducendola rispetto alla somma matematica ottenuta se si fosse trattato di reati distinti; in tal caso anche il termine di prescrizione non può che essere unitario e decorrere dall’ultimo dei reati commessi. O in alternativa, se tale unitarietà non è possibile, la prescrizione decorre da ciascuna condotta, ma anche la pena dovrà determinarsi sulla base della somma di tutti i reati. L’abolizione di questa norma – anch’essa introdotta dalla legge n. 251/2005 – sarebbe un intervento semplice, ma di enorme impatto sul volume complessivo di processi che si estinguono per prescrizione.

In secondo luogo, i termini di prescrizione andrebbero semplificati rispetto alla normativa in vigore, riducendoli, per ipotesi, anche a due soli: 10 anni e 20 anni, con un unico momento interruttivo che porti il termine rispettivamente a 15 e a 30 anni. Queste decorrenze vanno naturalmente calibrate in base al momento in cui si stabilisce che la prescrizione non corre più in quanto lo Stato ha dimostrato il suo interesse a perseguire il reato. Si può optare per un termine prescrittivo più breve se il discrimine è il rinvio a giudizio o più lungo se lo si fissa alla sentenza di primo grado. Un corollario logico di questo nuovo assetto è che la prescrizione non corre più nei gradi successivi al primo, nei quali avviene uno spostamento degli interessi in gioco: non più quello dello Stato a perseguire il reato, ormai ragionevolmente assodato, ma quello del cittadino a una revisione di un giudizio a lui sfavorevole.



### Verso una riforma organica del processo penale

Si può immaginare che una riforma in tal senso – attuabile con un intervento legislativo non troppo complesso – incontrerebbe alcune resistenze all'interno delle diverse categorie di attori del processo. *In primis* quella degli avvocati, che ormai – volenti o nolenti – annoverano il raggiungimento della prescrizione tra le strategie difensive più ricorrenti e si troverebbero privi di uno strumento per “vincere facile” in un sistema giudiziario ingolfato come il nostro. Ma anche i magistrati potrebbero essere scontenti di un sistema che, bloccando la corsa della prescrizione dopo l'avvio del processo e dopo la sentenza di primo grado, impone loro di confrontarsi con la “fatica” del decidere e di rispettare le durate massime per le successive fasi processuali, a pena di rilievi disciplinari.

Anche per queste ragioni una riforma della prescrizione, tanto quanto la previsione di una serie di limitazioni alle impugnazioni, andrebbe accompagnata da un intervento più ampio che riguardi l'*economia* di tutto il rito penale accusatorio, com'è strutturato nel nostro ordinamento, e la reale efficacia – e dunque la *convenienza* per tutte le parti – dei riti alternativi per ridurre drasticamente, distribuendola anche su altri binari, la mole di contenzioso che attualmente arriva al processo. Una razionalizzazione dell'intero sistema del processo penale che permetta di ottimizzare l'uso delle risorse interne, di accorciare i tempi della giustizia e di attuare *realmente* i principi del giusto processo.

## 5. Sanzione penale, un passo oltre la detenzione

Per concludere la riflessione sulle possibili azioni riformatrici in tema di giustizia penale resta da affrontare il capitolo probabilmente più urgente e attuale, il più ineludibile: quello della sanzione penale. Ora che ci si è lasciati alle spalle nella vita pubblica del nostro paese – sebbene con effetti ancora presenti – i picchi dello scontro politico su altre priorità e che si è tornati finalmente a discutere senza sterili esasperazioni argomentative di interventi concreti, ci si rende conto, tristemente, che la questione della pena è stata per anni la “cenerentola” del dibattito sulla giustizia penale, che non ha scaldato gli animi come altri temi – ad esempio quello della prescrizione e del processo breve/lungo – ma cionondimeno ha avuto e ha tuttora i caratteri dell'emergenza. Per questo, in un nuovo clima rasserenato, è necessario affrontare l'argomento in modo razionale, partendo da un preciso quadro teorico e arrivando, anche qui, a formulare delle concrete ipotesi di lavoro.

## 7. Lotta alla corruzione, i primi passi su una strada obbligata

Ce la chiedeva l'etica pubblica e il bisogno di scardinare una mentalità tanto endemica quanto esiziale per la fiducia dei cittadini nei confronti dello Stato. E ce la chiedevano da parecchio, più concretamente, l'Onu, l'Ocse e l'Unione europea, nonché la comunità economica internazionale, che da sempre vede nella corruzione uno dei principali ostacoli agli investimenti nel nostro paese. Per queste ragioni la legge anticorruzione, recentemente approvata in Italia, parte con un fardello di aspettative non da poco. Del resto rappresenta il primo apprezzabile tentativo di curare un organismo gravemente malato, come evidenzia, tra i tanti, Transparency International, associazione internazionale che misura il livello di corruzione nei diversi paesi. Il suo *Corruption perception index* (Cpi), misurato in 174 paesi, vede l'Italia al 72° posto nella graduatoria della percezione della corruzione nel settore pubblico e politico,

in fondo alla classifica europea (e dei paesi Ocse) della trasparenza in compagnia di Bulgaria e Grecia. Tutto ciò ha pesanti ricadute economiche: la corruzione e la mancanza di trasparenza non sono, infatti, soltanto un problema etico ma hanno un impatto devastante anche sulla credibilità e la tenuta dell'intero sistema paese e ogni punto in meno nel Cpi incide pesantemente sulla scelta dell'Italia da parte delle aziende straniere come meta dei loro investimenti strategici. La Corte dei Conti stima in 60 miliardi di euro all'anno l'ammontare delle risorse sottratte allo Stato dalle attività corruttive.

Alla legge voluta dal ministro Severino va dunque riconosciuto l'indubbio merito di costituire la prima pietra nel cantiere per la costruzione di una nuova *governance* pubblica. Un cantiere che giungerà a conclusione se riuscirà a diffondere l'idea che la corruzione non è un fenomeno che può essere contrastato solo inasprendo le sanzioni penali ma anche, e soprattutto, agendo sul piano culturale, della prevenzione e del cambiamento dei comportamenti.

Fino agli anni '90 era diffusa l'opinione che la corruzione costituisse sì un disvalore etico e sociale, ma fosse in qualche modo da comprendere e tollerare in quanto "fluidificante" dell'economia e soprattutto degli affari con la pubblica amministrazione, altrimenti appesantiti da vincoli e ostacoli burocratici che limitano le potenzialità di sviluppo. La percezione però è mutata dopo Tangentopoli: nell'opinione pubblica si è fatta strada progressivamente la consapevolezza che la corruzione, al di là delle considerazioni etiche, costituisce un handicap e non un'opportunità per la vita economica del paese. La corruzione mina la fiducia nel

libero mercato, altera la concorrenza, fa lievitare i costi. Violando il principio di uguaglianza – perché il corrotto ottiene un canale privilegiato – incrina uno dei valori fondanti della convivenza democratica, affievolendo quindi il generale rispetto delle regole. E le regole non rappresentano un ostacolo per lo sviluppo economico ma sono a tutti gli effetti uno dei "fattori di produzione", hanno una relazione funzionale e non conflittuale con l'economia. Se il rispetto delle regole diventa un *optional* per anime candide si perde il collante sociale e, sul piano economico, si perde attrattiva e competitività, come dimostra la diffidenza degli investitori internazionali verso il nostro paese. La corruzione dunque non è più – se mai lo è stata – una "questione privata" tra corruttore e corrotto, ma è un fenomeno che riguarda tutti perché *costa* a tutti.

### **La legge anticorruzione: un buon inizio con margini di miglioramento**

Da questo punto di vista la recente legge anticorruzione (n. 190/2012), pur con alcuni limiti, lancia alla comunità internazionale un segnale chiaro. In particolare sancisce il principio che il contrasto del fenomeno deve svolgersi su più fronti ma soprattutto su quello della prevenzione, eliminando cioè l'habitat in cui esso alligna e il malcostume di cui si nutre. Questa legge persegue in maniera organica, per la prima volta, l'obiettivo di intervenire efficacemente e consapevolmente sulla genesi dei fenomeni corruttivi, piuttosto che affidarsi, come è stato finora, alla sola repressione successiva.

Proprio l'inefficienza degli istituti di controllo preventivi all'interno della pubblica amministrazione, infatti, ha finito per esasperare e drammatizzare il ruolo e la funzione della giustizia penale quale unica risposta dello Stato. Ma l'intervento giudiziario penale, per sua natura, scatta solo per curare le specifiche patologie del sistema quando sono conclamate e può fare ben poco – effetto deterrente a parte – per agire sulla eziologia del fenomeno.

Con questa legge l'Italia vuole anche rispondere alle ripetute richieste di adottare misure efficaci per combattere la corruzione che le giungono da tempo dagli organismi internazionali, primi fra tutti il Greco (*Groupe d'Etats contre la corruption*), che agisce nell'ambito del Consiglio d'Europa, e l'Ocse, che hanno entrambi recentemente pubblicato rapporti di valutazione delle politiche anticorruzione italiane. Il nostro paese ottempera così anche agli impegni assunti a livello internazionale, in particolare con la Convenzione di Merida delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003, ratificata nel 2009, e con la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa, aperta alla firma nel 1999 e ratificata dall'Italia solo nel 2012. Insomma, l'Italia sembra voler recuperare il troppo tempo perduto e finalmente si muove per adeguarsi agli standard internazionali e riprendere una posizione di rispetto, sotto questo profilo, nel consesso dei paesi più avanzati.

La legge propone una serie di modifiche e integrazioni alle fattispecie penali nel settore dei reati di corruzione, per darne una definizione più chiara, efficace e adeguata ai fenomeni illeciti di maggiore preoccupa-

zione. Ne prendo in considerazione solo alcune, che costituiscono un buon inizio ma rivelano anche dei margini di migliorabilità che sarebbe necessario recuperare al più presto.

### *Il campo si allarga alle «influenze illecite» e al privato*

Tra i punti di maggiore rilievo va segnalata la nascita di due nuove fattispecie di reato: il «traffico di influenze illecite» (nuovo art. 346-bis del codice penale) e la «corruzione tra privati» (modifica dell'art. 2635 del codice civile). Entrambe le figure sono il risultato di una consolidata elaborazione dottrinale, nonché l'adempimento di specifiche indicazioni provenienti dalle sedi internazionali ricordate, e costituiscono un utile arricchimento dell'armamentario punitivo dello Stato perché mirano a colpire, l'una, condotte più sfumate ma pur sempre frutto di malcostume profondo e diffuso nell'esercizio dei poteri pubblici e, l'altra, la corruzione che si annida nelle società, a conferma che il fenomeno minaccia anche la fisiologia dei rapporti economici tra privati e l'equilibrio del mercato.

La prima delle due norme punisce colui che percepisce un compenso per la realizzazione di una mediazione illecita nei confronti di un amministratore pubblico: in pratica la condotta di chi, sfruttando i suoi «agganci» con soggetti influenti per arricchirsi, si adopera per favorire il risultato in cambio di denaro, «anticipando», per così dire, la corruzione. Viene così estesa la repressione della corruzione anche ad un suo momento prodromico. Ma l'efficacia del nuovo art.

346-bis appare fortemente condizionata dall'esiguità della pena edittale stabilita: con una sanzione massima di 3 anni di reclusione è precluso infatti l'utilizzo delle intercettazioni come strumenti di indagine che in contesti fortemente connotati dalla relazione personale tra le parti coinvolte, come questi, sarebbero invece di fondamentale utilità. Allo stesso modo non possono essere applicate misure cautelari, utili ad interrompere le contiguità in cui le condotte punite normalmente maturano. Senza dire, inoltre, che la misura della pena incide direttamente sul termine di prescrizione comunque assai breve.

Il reato di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c. rappresenta una fattispecie penale già diffusa in molti altri ordinamenti dove la corruzione non presuppone necessariamente il coinvolgimento di un «pubblico ufficiale»; una consapevolezza che da noi ha impiegato più di vent'anni ad affermarsi. Trovo equilibrato, in ogni caso, l'attuale intervento sanzionatorio che condiziona la punibilità all'esistenza di un danno per la società (con un aggravio della pena se si tratta di società quotata) e stabilisce la procedibilità a querela di parte (salvo nel caso in cui ci sia un'alterazione della concorrenza). Si è così trovato un giusto compromesso tra la necessità di perseguire la corruzione anche al di fuori della pubblica amministrazione – mandando un messaggio “culturale” importante anche alla comunità economica – e il rispetto dei confini dell'attività d'impresa, evitando – nell'ipotesi in cui si fosse scelta la procedibilità d'ufficio – il rischio di estese e indebite ingerenze nella vita e nella gestione delle società.

### *La concussione si “sdoppia”*

Tra le innovazioni apportate ai reati già esistenti, va segnalata la nuova disciplina del reato di concussione, che si “divide in due”: vengono cioè differenziate le condotte di *costrizione* e di *induzione*, che fino ad oggi erano sanzionate nell'unica fattispecie prevista dall'art. 317 c.p. Ora questo articolo punisce solo il pubblico ufficiale (e non più «l'incaricato di pubblico servizio») che «costringe» altri a pagare. Gli incaricati di pubblico servizio invece ricompaiono nell'ipotesi di induzione prevista dal nuovo art. 319-*quater* c.p. Il motivo di questa esclusione non è chiaro, perché, nella pratica, anche un funzionario o un impiegato possono «costringere», pur senza avere la qualifica di pubblico ufficiale: l'esclusione da questa fattispecie potrebbe avere la paradossale conseguenza di far ricadere le eventuali condotte di costrizione di un incaricato di pubblico servizio in una fattispecie punitiva addirittura più pesante di quella prevista per il pubblico ufficiale (reato di estorsione aggravato dalla qualità del reo).

La condotta di «induzione indebita» prevista dall'art. 319-*quater*, inoltre, è punita con una pena inferiore a quella finora applicata (da 3 a 8 anni contro i 4-12), il che è oggettivamente un arretramento nell'attività di contrasto di un comportamento che oggi rappresenta la forma statisticamente più diffusa in cui si realizza il reato di concussione. L'abbassamento della pena rischia di avere, sempre a causa della conseguente riduzione dei termini di prescrizione del reato, effetti sui numerosi procedimenti in corso e costituisce un segnale simbolico non del tutto co-

erente con lo spirito della legge che invece vuole rafforzare la lotta al fenomeno illecito.

Ma c'è un altro aspetto della nuova fattispecie di reato che suscita perplessità: è la punibilità della vittima di questa forma di concussione, cioè di chi viene indotto a pagare. La pena prevista – la reclusione fino a 3 anni – rischia di risultare inefficace e addirittura controproducente: non è abbastanza pesante per rappresentare un deterrente, per i soliti termini di prescrizione ravvicinati, ma soprattutto crea un nesso di solidarietà criminale tra i protagonisti della condotta, che avranno il comune interesse a non farla emergere, costituendo un possibile ostacolo nelle indagini. Uno dei fattori che tiene in vita il fenomeno corruttivo, per sua natura occulto – e la concussione per induzione ha un confine labile con la corruzione – è proprio la complicità che si crea tra i soggetti coinvolti. È ormai convinzione abbastanza diffusa che uno dei metodi per contrastarlo è quello di ridurre l'aspettativa di impunità, su cui i funzionari pubblici fanno affidamento per la difficoltà di essere scoperti. Si tratta, quindi, di indebolire – non certo di rafforzare – attraverso configurazioni diversificate delle fattispecie di reato e dosaggi delle sanzioni, l'omertà che lega corrotti e corruttori e, nell'ipotesi di induzione, anche concussi e concussori. Per questa ragione, del resto, il nostro legislatore si è sempre dimostrato contrario alla soppressione, pur invocata in varie sedi internazionali, del reato di concussione: infatti, punire anche chi paga costretto o indotto dalla richiesta abusiva dell'amministratore pubblico scoraggerebbe non poco dal denunciare simili vessazioni.

D'altro canto, anche da un punto di vista teorico, è spesso difficile sostenere la punibilità di chi viene indotto a pagare. Se si tratta di una coazione psicologica *assoluta* – nella quale, cioè, la vittima non ha alternative concretamente percorribili e quindi nessun livello di partecipazione attiva alla condotta criminosa – la punibilità risulta incompatibile con il principio di personalità della responsabilità penale. Se invece c'è una coazione psicologica *relativa* – quando il soggetto indotto è nelle condizioni di decidere diversamente ma aderisce alle richieste illecite per procurarsi a sua volta un vantaggio illecito – allora diventa particolarmente incerta la distinzione dogmatica tra il reato di concussione e quello di corruzione, ossia tra il ruolo attivo e passivo nell'azione criminosa.

Qualunque sia la motivazione che sta alla base di questa scelta legislativa – probabilmente dettata da alcune sollecitazioni internazionali ad evitare impianti normativi che consentano al corruttore di sfuggire alla sanzione rappresentandosi come vittima di concussione – ritengo sia opportuno prevedere un'ipotesi di non punibilità della vittima della concussione per induzione, o una forte attenuazione della pena per il caso in cui denunci il reato, collaborando con le autorità inquirenti. Altrimenti sarebbe utile distinguere penalmente la condotta di colui che subisce l'induzione per pura coazione psicologica da quella di chi partecipa all'accordo per proprio vantaggio.

*Il "whistle-blower": un vigile, non una spia*

L'esigenza di percorrere tutte le strade lecitamente possibili per far emergere gli episodi di malcostume e corruzione ci rinvia a una nuova figura introdotta dalla legge. Mi riferisco a quello che è passato alle cronache come "whistle-blower", ossia «il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro», al quale la legge garantisce impunità e segretezza (salvo i casi di calunnia o diffamazione). I detrattori di questa figura parlano dell'istituzionalizzazione dello "spione", ma si tratta in realtà di un ruolo riconosciuto e protetto anche in altri ordinamenti, nei quali ha mostrato una buona efficacia nel contenimento del fenomeno corruttivo. La sua cattiva reputazione in Italia parte anche da una impropria traduzione del termine: *whistle-blower* è stato divulgato come colui che "fa la soffiata" mentre letteralmente è chi "soffia nel fischiotto", un'immagine che nella percezione comune evoca – o dovrebbe evocare – chi avverte la collettività di un pericolo e non chi compie una delazione. Credo che questo ruolo sia meritevole di attenzione, sebbene sia forse necessario prevedere dei meccanismi di sicurezza di tipo disciplinare – che scattino cioè prima della querela per calunnia o diffamazione – per evitare ipotesi di abuso non così remote soprattutto in ambienti di lavoro ad alta conflittualità, dove la denuncia può essere facilitata da moventi di tipo personale.

Allargando la visuale alla filosofia di prevenzione della legge, questo istituto si colloca tra altri presidi di control-

lo di merito e di metodo, più ampi e articolati, interni alla macchina amministrativa, che hanno la finalità di rendere più trasparente e garantito il sistema di gestione delle risorse pubbliche. Vengono istituiti organismi di controllo come l'*Autorità nazionale anticorruzione*, costituita dalla già esistente Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, con una serie di competenze operative specifiche. Sono previsti piani di prevenzione, obblighi preventivi di comunicazione e informazione, condizioni rigorose di operatività, nonché la responsabilizzazione di specifiche figure professionali – appositamente formate – interne alla struttura burocratica. Si stabiliscono sanzioni amministrative e disciplinari specifiche per le ipotesi in cui l'elaborato sistema di controllo e informazioni non ottenga l'atteso effetto di prevenzione e deterrenza degli illeciti.

È un complesso apparato disciplinare che riguarda la struttura e la funzionalità degli enti pubblici e quindi esula da un ambito strettamente giurisdizionale. Questo tentativo di irrobustire le garanzie procedurali e i presidi di controllo e repressione preventivi va visto con favore, sia per l'impatto positivo che può avere sulla cultura amministrativa e sul consolidamento di una vera etica pubblica, sia per la riduzione delle distorsioni patologiche e il conseguente alleggerimento del successivo intervento giudiziario.

*Su tutto il fantasma della prescrizione*

Resta da fare una considerazione sulla legge e, più in

o di interesse penale occorre in ogni caso fare affidamento sulla professionalità del giudice e assegnare per primo a lui la valutazione e la responsabilità circa la rilevanza del materiale e dunque la sua selezione, salvo ovviamente, se sbaglia, sanzionarne adeguatamente gli errori.

## 9. Responsabilità civile e disciplinare dei magistrati: soluzioni eque e non punitive

È un tema delicato, quello della responsabilità civile dei magistrati per i danni causati nell'esercizio delle loro funzioni. Lo è di per sé, perché coinvolge tematiche importanti come l'indipendenza e l'autonomia della funzione giudiziaria, il libero convincimento e l'imparziale interpretazione della legge. E lo è a maggior ragione nel nostro paese, dove è stato a lungo ostaggio del dibattito politico e terreno di attacchi e ritorsioni contro la categoria – la “casta”, com'è stata ripetutamente definita – dei magistrati, provocando reazioni talvolta in odore di corporativismo. Ma la battaglia sulla norma che riguarda la responsabilità civile non è una battaglia corporativa. La preoccupazione di uscire con una soluzione legislativa equa, moderna ed “europea” da una lunga stagione di polemiche e da un'ipotesi di riforma che è ferma da tempo in Parla-



mento non è una preoccupazione dei soli magistrati, ma di tutti quelli che hanno a cuore il buon funzionamento del sistema giudiziario e la salvaguardia dei suoi valori fondanti. È un'esigenza di chiunque usufruisca del servizio-giustizia.

Poche professioni come quella del magistrato sono strutturalmente esposte allo "scontento" dei loro destinatari e dunque poche professioni come questa richiedono di definire chiaramente l'ambito di responsabilità, in una maniera che non sia vessatoria e non ne comprometta il sereno svolgimento. A differenza di altre attività professionali, quali ad esempio quelle del medico o dell'ingegnere, il lavoro del magistrato è caratterizzato dal fatto che egli causa comunque un danno tutte le volte che prende una decisione; la pronuncia del giudice dà inevitabilmente ragione a qualcuno e torto a qualcun altro. Non esiste quindi la possibilità, come accade invece per le altre professioni intellettuali, che tutti siano soddisfatti del suo operato, e ciò a prescindere dal fatto che il magistrato si sia comportato o meno secondo le regole: anche la sentenza meglio scritta e più corretta che sia possibile immaginare susciterà lo scontento di qualcuno che si aspettava un risultato diverso. Questo perché distribuire torti e ragioni non è come operare un paziente o progettare un ponte: non esiste un esito corretto e incontrovertibilmente verificabile come la guarigione del paziente o la perfetta riuscita del ponte. Quindi, anche se il magistrato non arreca un danno ingiusto perché opera nel pieno rispetto della legge, in realtà ci sarà sempre qualcuno che contesterà il suo operato ritenendolo un errore. Inoltre, benché ricadano di norma sulla parte soccombente, le conse-

guenze della decisione in alcuni casi possono riguardare anche un terzo, colpito in qualche modo dagli effetti della sentenza, o la collettività, nelle materie riguardanti, ad esempio, gli interessi diffusi.

È evidente allora che ipotizzare – come a lungo è stato fatto nell'ultima legislatura – che chiunque ritenga di aver subito un danno (quindi di sicuro almeno una parte in ogni processo) possa citare in giudizio direttamente il magistrato chiedendo che ne sia accertata l'eventuale responsabilità avrebbe varie conseguenze dannose per il sistema. Innanzitutto il timore della responsabilità diretta potrebbe indurre il giudice a prendere la decisione più "sicura" (per lui), non la più giusta: per esempio, quella che causa un danno alla parte che è meno in grado di agire in giudizio per chiedere il risarcimento con quella che non scontenta chi può chiedere un risarcimento più oneroso; oppure una decisione formalmente coerente con i precedenti orientamenti giurisprudenziali e quindi idonea a mettere al riparo lo stesso giudice da eventuali azioni risarcitorie, ma non rispondente in concreto alla specifica vicenda esaminata.

In secondo luogo un sistema di responsabilità diretta vedrebbe proliferare senza misura l'entità del contenzioso innanzi ai nostri tribunali: ogni sentenza potrebbe potenzialmente produrre una causa di responsabilità nei confronti del giudice che l'ha emessa. Otterremmo una situazione grottesca in cui ogni causa ne partorisce almeno un'altra. Per tacere della possibilità che una delle due dia vita ad una terza causa per eccessiva durata del processo in base alla cosiddetta legge Pinto, quando non addirittura ad un'altra ancora per eccessiva durata della causa di eccessiva durata, cioè "la Pinto al quadra-

to", come si suol dire in gergo. Moltiplichiamo questo numero per i tre gradi di giudizio e per il numero di sentenze pronunciate ogni anno dai nostri giudici e ne consegue il *de profundis* per ogni speranza di funzionamento del sistema.

Perciò prima di avventurarsi in ipotesi di riforma, è necessario avere consapevolezza della posta in gioco. Ciò non significa che un intervento riformatore non sia necessario. La legge attuale, che risale ormai a 25 anni fa, deve essere modificata alla luce, soprattutto, della sempre più forte integrazione delle norme interne con quelle dell'Unione, che ora ci impone una prospettiva differente nella formulazione dei profili di responsabilità del magistrato e dello Stato nei confronti del cittadino. Ma la riforma deve anche essere frutto di valutazioni serene che non siano l'occasione per riproporre l'annoso conflitto tra politica e magistratura.

### La norma sulla responsabilità alla prova europea

L'attuale disciplina della responsabilità civile dei magistrati è contenuta nella legge 13 aprile 1988 n. 117. Punto di arrivo di una lunga evoluzione della materia, essa si applica a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano attività giudiziaria, nonché «agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria». La legge prevede che chi subisce un *danno ingiusto* a causa di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con *dolo* o *colpa grave* nell'esercizio delle sue funzioni o per *dinie-*

*go di giustizia* (cioè l'omissione o il ritardo prolungato e ingiustificato di un atto dovuto) può agire solo verso lo Stato, al quale è poi attribuita un'azione di rivalsa nei confronti del magistrato. In ogni caso non possono mai dare luogo a responsabilità l'interpretazione delle norme di diritto né la valutazione del fatto e delle prove. Restringendo l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati all'interno dei limiti consentiti dall'art. 28 della Costituzione, il legislatore ha invece previsto che essi rispondano *direttamente* nell'ipotesi di danni derivanti da fatti che costituiscono *reato* commessi nell'esercizio delle loro funzioni.

L'elemento qualificante di questo impianto normativo è rappresentato dal fatto che la responsabilità diretta nei confronti del cittadino è dello Stato-giudice, in quanto titolare della funzione giurisdizionale, e non del singolo magistrato, con l'esplicita esclusione dell'attività interpretativa della norma e valutativa dei fatti – il cuore dell'attività giurisdizionale – che la legge vuole mettere al riparo da ogni possibile condizionamento. A breve distanza dalla promulgazione della legge, la Corte costituzionale (sentenza 18/1989) ribadiva l'esigenza di tutelare autonomia e indipendenza dei magistrati non a salvaguardia di prerogative autoreferenziali, ma quale presidio indispensabile per la tutela dei diritti fondamentali di ciascun cittadino. Scrivevano i giudici della Consulta:

«A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina

ART  
?  
Circum  
Z

dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla "libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza"».

#### *Gli interventi della Corte di giustizia europea*

In piena coerenza con questo orientamento della Corte costituzionale si è aggiunta, a distanza di alcuni anni, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che ha ripetutamente affermato il principio secondo cui il risarcimento dei danni per violazione del diritto comunitario non genera responsabilità personale del giudice ma solo dello Stato e deve trovare applicazione anche quando la violazione derivi dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Non solo: la Corte europea, nel ribadire la responsabilità esclusiva dello Stato nei confronti del cittadino, la estende. Afferma cioè che essa non può essere limitata ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice ma deve essere ampliata, per l'appunto, a tutti i casi di erronea applicazione della norma comunitaria.

A rendere effettiva questa prescrizione nell'ordinamento nazionale interviene la parziale «cessione di sovranità» dovuta alla nostra appartenenza all'Unione europea e il conseguente assetto gerarchico delle fonti. In base al consolidato orientamento della Corte di giustizia, tutti

gli organi statali, comprese le autorità amministrative e gli enti locali, sono tenuti a disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione dotato di efficacia diretta, oppure, se possibile, ad interpretare la prima conformemente al secondo, adottando i provvedimenti necessari ad assicurare e agevolare la piena efficacia di tale diritto, proprio per non determinare una responsabilità dello Stato.

Non c'è dubbio, dunque, che la responsabilità degli Stati membri di risarcire i danni non possa essere limitata da una normativa interna che la preveda nei soli casi di dolo o colpa grave del giudice perché – sostiene la Corte – questo violerebbe i principi di equivalenza e di effettività. Ma – aggiunge anche – ciò non si traduce affatto in un obbligo per lo Stato di introdurre una normativa interna che preveda una responsabilità diretta per i giudici medesimi. Dal punto di vista della Corte europea è irrilevante la legislazione dei singoli Stati che definisce il grado di responsabilità del giudice, così come quello di ogni altro funzionario dello Stato, in base al quale egli dovrà poi vedersela con l'amministrazione pubblica. Il principio cardine dell'Unione, che ogni ordinamento nazionale è tenuto ad applicare, è e resta quello per cui nei confronti del cittadino l'unico responsabile è lo Stato.

È opportuno quindi applicare la giurisprudenza europea per quello che ha effettivamente detto e non per quello che qualcuno le ha fatto dire. Non si può cioè, in buona fede, portare la pronuncia comunitaria a sostegno della tesi secondo cui è necessario introdurre la responsabilità diretta del giudice nazionale, sia perché la si esclude espressamente, sia perché l'eventuale mo-

difica del regime di rivalsa dello Stato verso il magistrato conseguente all'ampliamento della casistica della responsabilità è una questione puramente interna ai singoli paesi e il diritto comunitario se ne disinteressa. In altri termini, l'Europa non vuole che un suo Stato membro possa impunemente violare il diritto europeo sostenendo che si tratti di interpretazione di legge; questo certamente non ha nulla a che vedere con il sistema di risarcimento interno.

### Una proposta di modifica iniqua e pericolosa

Viceversa, l'emendamento alla norma approvato dalla Camera dei Deputati nella legislatura appena terminata, sostenendo di intervenire su questa materia in attuazione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, proponeva di modificare l'art. 2 della legge 117 aggiungendo, nella gradazione della responsabilità, al dolo e alla colpa grave anche la «violazione manifesta del diritto» e prevedendo la possibilità per il danneggiato di agire direttamente nei confronti del «soggetto riconosciuto colpevole», cioè sostanzialmente del giudice. Si prevedeva poi la soppressione del comma 2 dello stesso articolo che stabilisce l'esonero di responsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto. Insomma, era una ricetta fatta con ingredienti incompatibili tra loro: dall'Europa si prendeva la responsabilità per violazione del diritto – allargandola per di più a tutta l'attività interpretativa del giudice e non solo a quella relativa al diritto comunitario – ma ci si dimenticava opportunisticamen-

te della responsabilità esclusiva dello Stato. Difficile che potesse uscirne una ciambella col buco.

Questa proposta normativa poneva invece problemi seri e gravi. Anzitutto la *manifesta violazione del diritto* è una locuzione assolutamente generica e indefinita che può portare a una pericolosa dilatazione dell'ambito di responsabilità, arrivando a includere anche condotte connotate da colpa lieve, interpretazioni non conformi ai precedenti o casi di mera responsabilità oggettiva e vanificando così il riferimento alla previsione del dolo o della colpa grave, che pure sopravvive.

Altrettanto pericolosa era la *soppressione della clausola di salvaguardia* del secondo comma, che tutela l'attività di interpretazione normativa. Qui si pone veramente a rischio il principio di autonomia e indipendenza e della libera valutazione come li ha pensati e voluti la nostra Costituzione.

Ma quello che rendeva più criticabile il meccanismo normativo proposto era la possibilità di *azione diretta* nei confronti del magistrato, o meglio quello che la norma individuava come il soggetto riconosciuto colpevole. Questa espressione già di per sé anticipava possibili difficoltà interpretative che avrebbero dato luogo a straordinari contenziosi. Chi è il soggetto colpevole? E da chi dovrebbe essere riconosciuto tale, prima che si possa intraprendere l'azione di responsabilità? Ma al di là dell'infelice formulazione, l'intenzione dei proponenti era chiara: l'azione risarcitoria doveva essere diretta a colpire il magistrato a cui si imputa il danno subito, con un evidente effetto intimidatorio nei confronti di chi è chiamato ad adottare un provvedimento che con tutta probabilità risulterà "lesivo" per uno dei destinatari. L'effetto avrebbe

potuto essere anche acuito dal mancato coordinamento di questa norma con quella del secondo comma dell'art. 4, che stabilisce come condizione per l'azione risarcitoria che «non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento» (quindi con l'esaurimento dei gradi di giudizio o, in caso di atti non impugnabili, del grado di giudizio in corso): si poteva quindi immaginare di consentire la richiesta *immediata* di risarcimento nei confronti del magistrato, senza neppure dover attendere la conclusione del giudizio principale.

Ebbene, il rischio di configurare la facoltà di agire direttamente e immediatamente nei confronti del magistrato può rendere davvero ingestibile il sistema, determinando un paradossale intreccio tra la funzione giudiziaria e la difesa personale del giudice chiamato a rispondere in prima persona per l'azione risarcitoria. Peraltro, in nessuno degli altri ordinamenti europei, che malgrado le singole peculiarità sono tutti assoggettati alle stesse norme sovranazionali, è prevista la possibilità indiscriminata di intraprendere un'azione diretta per responsabilità civile del giudice.

#### Le esperienze degli altri

In estrema sintesi si può dire che in **Germania** la responsabilità civile personale è prevista dall'art. 839, § 2, Bgb per l'ipotesi di reato che produca danno; negli altri casi sussiste responsabilità dello Stato il quale, se condannato, può agire in via di rivalsa in base a criteri non automatici.

Nel **Regno Unito** (e negli altri paesi europei di common law, Irlanda e Cipro) vi è immunità dei giudici secondo la common law e l'equity (a Cipro garantita dalla Costituzione), cosicché

è esclusa ab origine la possibilità che il giudice possa essere chiamato a rispondere direttamente o indirettamente per danni causati nell'esercizio delle funzioni.

In **Francia** l'azione civile è possibile solo contro lo Stato, che dispone di azione di rivalsa subordinata a limiti e presupposti analoghi a quelli previsti nella legge italiana vigente. Peraltro non risulta si sia mai verificato un caso di azione di regresso da parte dello Stato verso un giudice.

Anche in **Spagna** e in **Lussemburgo**, accanto alla responsabilità dello Stato, esiste la possibilità di compartecipazione di responsabilità civile del giudice allorché siano dimostrati requisiti speciali che raramente si sono verificati.

In **Portogallo** la responsabilità civile del giudice consegue soltanto a condanna penale, potendo lo Stato agire per il rimborso della riparazione che avesse anticipato.

In **Belgio** la responsabilità civile personale è ipotizzata solo in caso di dolo intenzionale o di frode; lo Stato può essere responsabile nei casi di errore giudiziario.

Nei **Paesi Bassi** e in **Svizzera** - quest'ultima pur senza alcun vincolo di natura comunitaria - la responsabilità civile fa capo esclusivamente allo Stato.

*N.B.: La fonte di conoscenza principale riguardo l'applicazione della normativa sulla responsabilità civile dei magistrati in Europa è tutt'oggi la rilevazione effettuata dal Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) presso il Consiglio d'Europa nel 2002, in vista dell'emanazione del Parere n. 3.*

#### Una chiara distinzione degli ambiti di responsabilità e gli altri interventi

Tutto questo, evidentemente, non vuol dire che la materia non possa essere oggetto di una rivisitazione, anche

alla luce delle sentenze della Corte europea, in modo da bilanciare il diritto del singolo ad avere pieno risarcimento del danno subito per la violazione da parte dello Stato di una norma comunitaria con le norme di diritto interno che dettano presupposti e criteri per la rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato. Ma ancor prima dell'adeguamento al dettato europeo, ogni intervento riformatore deve essere guidato dall'esigenza di avere una magistratura libera da pressioni e non facilmente condizionabile. Occorre tenere ben presente la distinzione tra responsabilità personale del giudice e responsabilità dello Stato, rivedendo i presupposti di quest'ultima nei confronti del privato — e ciò sia per il diritto europeo che per il diritto interno — ma senza stravolgere i criteri della prima per quanto riguarda l'azione di rivalsa da parte dello Stato. Si dovrebbe disancorare la responsabilità dello Stato da quella del magistrato, non necessariamente sovrapposte integralmente l'una all'altra, in modo che, per un verso, si assicuri la piena tutela risarcitoria in tutti i casi di errore *in iudicando* ma, dall'altro, non si snaturino i principi di autonomia e di indipendenza della magistratura, preservando così l'essenza della funzione giurisdizionale.

Pertanto, sancita una volta per tutte l'esclusione della responsabilità diretta del magistrato nei confronti del cittadino, le modifiche all'attuale testo normativo dovrebbero partire dall'allargamento dell'ambito di responsabilità (dello Stato) alla violazione del diritto *comunitario*. La specificazione è importante perché prevedere una violazione del diritto *tout court*, comprendendo cioè anche quello di fonte interna, creerebbe

un sorta di cortocircuito giurisdizionale. Si dovrebbe sostenere che un giudice possa giudicare di un'eventuale violazione del diritto compiuta dalla Cassazione, ossia dall'organo giurisdizionale che ha proprio la funzione di correggere gli errori di diritto. Ora, al di là del comprensibile imbarazzo del giudice di merito davanti al quale fosse intentata l'azione risarcitoria che sarebbe chiamato a correggere la Suprema Corte, si avvierebbe una insostenibile duplicazione dell'iter processuale, ma soprattutto si perderebbe la funzione di nomofiliachia propria della corte di legittimità. Diverso, invece, è il caso della violazione di una norma comunitaria, cioè proveniente da un'autorità sovranazionale verso la quale lo Stato ha compiuto la parziale cessione di sovranità di cui si diceva.

Ci sono altri due interventi doverosi e necessari per sgombrare il campo dai sospetti di difesa corporativa. Il primo è l'*eliminazione dei filtri di ammissibilità* dell'azione risarcitoria previsti dall'art. 5 della legge 117/1988 che impone appunto una valutazione preliminare dell'ammissibilità della domanda da parte del tribunale competente per il giudizio stesso. Un'eventuale pronuncia di inammissibilità oggi può essere impugnata davanti alla corte d'appello e successivamente in cassazione. A parte l'ennesimo appesantimento del sistema, va detto che questo filtro ha rappresentato finora un sostanziale blocco delle azioni di responsabilità: dall'entrata in vigore della legge, quasi 25 anni or sono, le condanne sono state solo quattro. Basta questo dato per sostenere che, se vogliamo rendere credibile l'istituto del risarcimento del danno in questo campo, la valutazione di ammissibilità deve essere eliminata *in toto*.

L'altro intervento sulla stessa linea riguarda l'*innalzamento della soglia di rivalsa* sul magistrato da parte dello Stato. Attualmente la legge (art. 8) stabilisce che «la misura della rivalsa non può superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta» e che se viene rateizzata mensilmente non può superare, per ogni rata, un quinto della mensilità netta. Per rendere effettiva la compartecipazione del magistrato al risarcimento di un danno, magari ingente, causato al cittadino da un suo atto – e pur consapevoli che la polizza assicurativa, che tutti i magistrati hanno, ne attutisce l'effetto “sanzionatorio” – queste soglie andrebbero alzate in misura ragionevole e naturalmente calibrate in base al livello di responsabilità. Deve rimanere ovviamente salva l'esclusione di qualsiasi soglia massima se il danno è stato commesso con dolo.

Di contro, andrebbe sanzionato – soprattutto dopo un'eventuale eliminazione del filtro di ammissibilità – anche chi intenta azioni di risarcimento pretestuose e palesemente infondate. L'importante, per la funzionalità del sistema e soprattutto per la qualità finale del servizio offerto ai cittadini, è evitare che si creino le condizioni di un “contenzioso sul contenzioso”, al solo scopo di sottrarsi o di attutire in qualche modo gli effetti di un legittimo atto di giurisdizione ancorché svantaggioso per il destinatario.

Credo che di tutti questi interventi si possa e anzi si debba discutere con serenità e senza preclusioni di principio da parte della magistratura. Ma il presupposto necessario di ogni buona riforma è che non sia

utilizzata per compiere “regolamenti di conti” nei confronti della categoria o, peggio ancora, di singoli soggetti. Oltre a non essere un buon modo di legiferare, l'esperienza ci insegna che ha finito spesso per rivelarsi un boomerang per i suoi alfieri.

### **Migliorare il sistema disciplinare senza sottrarlo al Csm**

Quasi come corollario dialettico della responsabilità dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni è necessario affrontare l'argomento del giudizio disciplinare, cioè il sistema in grado di valutare e sanzionare i comportamenti scorretti o inadeguati al ruolo e ai compiti che la legge attribuisce ai magistrati. Se la Costituzione vuole il giudice soggetto soltanto alla legge e impone ai pubblici ministeri l'obbligo dell'azione penale per sancire il principio-cardine che le loro funzioni sono incompatibili con le valutazioni di opportunità politica tipiche dell'amministrazione della cosa pubblica, ciò non significa che svincoli il loro operato da ogni profilo di responsabilità – come si è appena visto – né da ogni giudizio in ordine al modo in cui svolgono le loro funzioni. E sotto il profilo disciplinare, nel totale rispetto dell'indipendenza della magistratura, la stessa Costituzione attribuisce il potere di valutazione e sanzione al suo organo di governo autonomo, il Consiglio superiore della magistratura.

Come si sa, questo “giudizio domestico” è stato in tempi recenti uno dei “capi d'accusa” rivolti alla magistratura, ritenuta troppo autoreferenziale e, potremmo dire, pericolosamente sottratta ad ogni controllo esterno.

Sono state avanzate, malgrado il dettato costituzionale, ipotesi di "esternalizzazione" della funzione disciplinare considerate più imparziali ed efficaci, nella convinzione che un giudizio disciplinare interno rappresenti sostanzialmente un meccanismo di auto-assoluzione. Una presunzione, invero, smentita dai numeri. Considerando le statistiche più recenti – ma confermate anche negli anni precedenti – il numero dei procedimenti disciplinari conclusi con una condanna supera quello delle assoluzioni: nel 2011 si sono avute 34 sentenze di assoluzione, contro 36 di condanna, a cui però vanno aggiunte le 20 sentenze/ordinanze di non luogo a procedere per dimissioni del soggetto dall'ordine giudiziario (quando il verdetto sfavorevole appare certo, spesso il magistrato preferisce rassegnare spontaneamente le dimissioni anziché aspettare la conclusione del procedimento); nel 2012 le assoluzioni sono state 40 e le condanne 53, oltre a 49 abbandoni spontanei. Una severità decisamente maggiore di quella di qualsiasi altro ordine o categoria professionale.

#### *I requisiti di un buon magistrato*

Il controllo in sede disciplinare sulle modalità di esercizio della funzione è stato reso più effettivo con la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006-2007, che ha sottoposto ad una verifica più rigorosa che non in passato il modo in cui l'attività giurisdizionale è esercitata in concreto, facendone derivare *ex post* un'eventuale responsabilità del magistrato. Una responsabilità intesa in modo nuovo: non tanto come specifico interesse

"auto-correttivo" dell'istituzione giudiziaria, bensì come strumento di garanzia dell'interesse pubblico ad una giurisdizione efficiente e con adeguati livelli tecnico-professionali. E sempre attenta – si tratti di responsabilità civile o disciplinare – a distinguere i piani di giudizio per non interferire con l'interpretazione della legge, cioè con il contenuto dell'attività giurisdizionale.

Il Dlgs 109/2006, tipizzando le condotte che costituiscono illecito disciplinare, contribuisce a fondare la legittimazione dell'organo giudiziario in funzione anche della sua indipendenza. Dall'elenco delle fattispecie di illecito dell'art. 2 si ricavano, *a contrario*, i titoli di legittimazione di una moderna magistratura. L'eccezione al principio democratico dell'investitura popolare trova il suo fondamento in un rigoroso sistema di responsabilità che bilancia *commoda et incommoda* e inquadra gli apparenti privilegi dello status di magistrato come garanzie funzionali al corretto svolgimento di una delicata attività, a condizione che questo nesso funzionale sia rispettato e la qualità della prestazione assicurata. Pertanto la legittimazione del magistrato si fonda su precise attitudini e condotte personali:

- *Rigorosa preparazione tecnico-giuridica*: un magistrato deve essere immune da ignoranza o negligenza inexcusabile, capace di motivare congruamente le sentenze senza contraddizioni logico-contenutistiche, consapevole dei propri limiti di intervento, attento a valori costituzionali come la libertà personale e i diritti personali e patrimoniali, rispettoso delle norme regolamentari e di organizzazione giudiziaria.



- *Imparzialità*: un magistrato deve essere immune da interferenze attive e passive, da incompatibilità, da frequentazioni e da ogni altro comportamento tale da compromettere anche solo all'apparenza questo requisito, e non deve perseguire fini estranei ai doveri e alla funzione giudiziaria.
- *Correttezza*: un magistrato deve essere rispettoso del dovere di segretezza e di riservatezza, evitare incarichi extragiudiziali senza autorizzazione e attività incompatibili con le funzioni giudiziarie o che pregiudichino i propri doveri.
- *Diligenza*: un magistrato non deve sottrarsi all'attività di servizio, non deve svolgerla con ritardo o affidarla ad altri.
- *Riserbo*: un magistrato ha l'obbligo di evitare dichiarazioni o interviste in violazione dei doveri di equilibrio e misura, specie se relative a soggetti coinvolti negli affari trattati, nonché manifestazioni di consenso o dissenso su procedimenti in corso, e non deve far parte di associazioni segrete o partiti politici.
- *Equilibrio*: un magistrato, infine, non deve fare un uso strumentale della sua qualità, che possa turbare l'esercizio delle funzioni costituzionalmente previste.

C'è dunque una stretta relazione tra questi requisiti di prestigio e professionalità e l'autonomia e indipendenza della magistratura, perché solo un ordine giudiziario percepito come adeguato all'alta funzione di presidio della legalità e *super partes* può dispensare in modo autorevole e credibile torti e ragioni e continuare legittimamente a rivendicare la propria indipendenza da ogni altro potere. Ricordiamolo: autorevolezza e

indipendenza *simul stabunt simul cadent*. E il sistema sanzionatorio disciplinare è un elemento di garanzia dell'indipendenza della giurisdizione perché ne tutela la credibilità e l'autorevolezza, condizioni affinché il suo esercizio sia percepito come giusto.

Ma vale anche il reciproco: proprio perché la funzione di disciplina costituisce una delle forme più pervasive ed efficaci di condizionamento dei singoli magistrati, sia per la sanzione di condotte individuali che come indirizzo ai comportamenti collettivi, è particolarmente rilevante l'esigenza di autonomia e indipendenza dell'organo di giurisdizione disciplinare da qualsiasi altro potere per assicurare una reale indipendenza alla magistratura stessa.

### **Sezione disciplinare, un'imparzialità consolidata (e migliorabile)**

La riforma pare avere dato buona prova di sé: l'introduzione del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ferma restando la discrezionalità di agire del Ministro della Giustizia, e la tipizzazione delle condotte rilevanti hanno determinato non solo una migliore certezza del sistema ma anche, come abbiamo visto, un incremento del numero di condanne, tanto in termini assoluti quanto in proporzione rispetto alle assoluzioni.

Tuttavia la Corte costituzionale, con la sentenza 262/2003, aveva già evidenziato alcune lacune di ordine procedurale che andavano colmate per assicurare

maggiori garanzie di imparzialità. La Consulta ha stabilito che l'aver fatto parte della Sezione disciplinare che si è pronunciata sul merito di una incolpazione è incompatibile con la partecipazione al giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della decisione da parte della Corte di cassazione; lo ha fatto dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge 195/1958, che regola il funzionamento del Csm, nella parte in cui non prevedevano l'elezione di un numero di membri sufficiente a far fronte a tale incompatibilità.

112  
 Proprio prendendo atto di tali esigenze, il decreto organizzativo della Sezione disciplinare, adottato all'inizio dell'attuale consiliatura, ha stabilito il mutamento del collegio, oltre che nella situazione prevista dalla sentenza della Corte costituzionale appena citata, anche qualora nel corso del medesimo procedimento sia stata adottata una misura cautelare o sia stata rigettata una richiesta di non luogo a procedere formulata dalla Procura generale. Quindi, pur considerando che la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione ha sancito che non c'è incompatibilità tra il ruolo di giudice nella decisione cautelare o sulla richiesta di non luogo a procedere e nella decisione sul merito dell'incolpazione, si è voluto ridurre il più possibile il rischio di compromettere l'immagine di imparzialità derivante dal cumulo di funzioni decisorie. Quello del Consiglio non è eccesso di zelo, ma il tentativo di coniugare rigore e garanzie difensive e di dare vita ad un modello disciplinare che non sia paternalistico o di "giustizia domestica", bensì attento alle aspettative dell'intera collettività.

*I rischi di una riforma all'insegna della separazione delle carriere*

Numerosi sono stati nel tempo i progetti di riforma che hanno interessato la Sezione disciplinare. Quello che avrebbe potuto avere l'impatto maggiore sull'attuale assetto è stato il progetto Berlusconi-Alfano che riguarda l'intero sistema giudiziario, prefigurando lo sdoppiamento del Consiglio superiore della magistratura in Consiglio superiore della magistratura giudicante e Consiglio superiore della magistratura requirente. Con particolare riferimento al giudizio disciplinare, il progetto di riforma ne attribuiva la competenza ad una «Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente», divisa in due sezioni, una per i giudici e una per i pubblici ministeri, con componenti eletti per metà dalla categoria magistratuale di riferimento al proprio interno, nell'ambito di una rosa di eleggibili individuata per sorteggio, e per l'altra metà dal Parlamento in seduta comune (cambiando dunque anche il rapporto numerico tra consiglieri togati e laici, che attualmente è di 2 a 1). Questo organismo si presentava di difficile collocazione all'interno dell'architettura costituzionale, fondata sulla separazione dei poteri e su uno schema che incardina il Csm nel ruolo di rappresentanza e garanzia unitaria della giurisdizione. La sua composizione, inoltre, per la presenza paritaria di laici e togati e per le funzioni di vertice attribuite ai primi, rischiava di renderlo più sensibile alle influenze e alle pressioni esterne, con la possibilità di indirizzare, attraverso l'uso delle sanzioni, i comportamenti collettivi della magistratura. Non sono comunque pregiu-

*secoli?*

dizialmente contrario all'ipotesi di concentrare in un organismo *ad hoc*, composto di personalità autorevoli e indipendenti, il potere disciplinare, purché in un corretto percorso di riforma costituzionale che coinvolga tutte le magistrature (v. *infra*) e che consenta di risolvere anche il problema del giudice di un eventualmente ripensato sistema di garanzie dei parlamentari, non in chiave di pura autodichia.

#### *Una Sezione disciplinare autonoma all'interno del Csm*

A prescindere dall'opzione "esterna", restano comunque da rilevare alcuni profili attuali di difficoltà nel giudizio da parte di consiglieri superiori che si ritrovano ad avere funzioni amministrative e di giurisdizione disciplinare talvolta poco distinguibili fra loro. Rivelano, ad esempio, un certo imbarazzo le astensioni, piuttosto frequenti, di alcuni consiglieri nelle delibere del Plenum sulle valutazioni di professionalità – cui ogni magistrato è sottoposto con cadenza quadriennale – perché poco tempo prima si erano trovati nelle vesti di giudice disciplinare dello stesso magistrato, concludendo il giudizio con una condanna. Questi fenomeni rappresentano un oggettivo problema di sovrapposizione di ruoli e offrono il destro a coloro che, più o meno pretestuosamente, sostengono la necessità di una Sezione disciplinare eterodiretta.

Una soluzione che potrebbe soddisfare l'esigenza di garantire una netta distinzione tra l'esercizio delle funzioni disciplinari e l'esercizio delle altre funzioni di governo della magistratura sarebbe quella di rendere in qualche modo autonoma la Sezione disciplinare in seno al Csm.

Due potrebbero essere le strade da seguire, a seconda di quanto si voglia marcare il grado di "separazione" della Sezione.

Una, la più "radicale", potrebbe prevedere che nelle elezioni per il Csm sia prevista una quota di consiglieri – laici e togati secondo le rispettive proporzioni – eletti direttamente per la Sezione disciplinare e che nel corso del quadriennio svolgano solo quella funzione, introducendo dunque una precisa incompatibilità tra l'appartenenza a tale sezione e gli altri ruoli all'interno dell'organo di governo autonomo. Una soluzione che rappresenterebbe una *editio minor* della Corte di disciplina esterna, dalla quale erediterebbe una decisa indipendenza di giudizio rispetto ai condizionamenti che derivano dall'attività amministrativa sulla carriera dei magistrati. Ma certo questo che per alcuni è un pregio per altri può rappresentare un difetto perché rischierebbe di creare una sorta di "enclave funzionale", separata dal resto del Consiglio superiore, con un minore contatto con la realtà operativa della magistratura e, in definitiva, con una minore possibilità di conoscere i magistrati sottoposti al proprio giudizio (specie in relazione alle periodiche valutazioni di professionalità, che sono fonte preziosa di conoscenza del percorso professionale).

Un'altra strada, più "moderata", sarebbe invece quella di definire l'appartenenza esclusiva alla Sezione disciplinare non in sede di elezione al Csm ma nel momento della ridefinizione annuale della composizione di tutte le commissioni interne. Ogni anno, cioè, verrebbero scelti dei consiglieri che farebbero parte soltanto della Disciplinare (o eventualmente anche di commissioni che non hanno interferenze con essa, cioè non svolgono funzioni

di valutazione ma soltanto compiti amministrativi – ad esempio la Commissione per la magistratura onoraria, la Commissione per il regolamento interno o la Commissione bilancio). Rispetto alla soluzione precedente, questa scelta avrebbe il pregio di “isolare” i membri della Sezione disciplinare dalla vita del Csm per un periodo più limitato e tuttavia sufficiente a evitare le talvolta imbarazzanti sovrapposizioni funzionali.

Entrambe le soluzioni avrebbero ricadute di tipo organizzativo perché l'assegnazione esclusiva sottrarrebbe risorse ad altre commissioni, considerando anche che dal 2002 il numero complessivo dei consiglieri è stato ridotto da 30 a 24. Sarebbe forse necessario allora riconsiderare la compagine numerica del Csm.

Ma entrambe le scelte avrebbero soprattutto il pregio di tenere distinti i piani della valutazione professionale e della gestione dal giudizio disciplinare e permetterebbero anche di valutare la possibilità di assegnare al Consiglio superiore *poteri di iniziativa disciplinare autonomi* rispetto a quelli del Ministro della Giustizia e del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, preservando e addirittura accentuando il tratto dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organo di giurisdizione.

### **La funzione disciplinare nelle altre magistrature: una questione da discutere**

Resta da evidenziare una singolarità: si parla da molto tempo di una riforma incisiva della funzione disciplinare sui magistrati ordinari, con proposte anche “ardite” dal punto di vista costituzionale. Non è chiaro,

però, perché tali misure dovrebbero essere adottate nei confronti della sola magistratura ordinaria e non anche di quella amministrativa e contabile. Per queste magistrature, infatti, nulla si prevede, sebbene anch'esse abbiano un sistema disciplinare amministrato dal rispettivo organo di autogoverno.

L'organizzazione dei loro sistemi e la distribuzione delle competenze disciplinari suscitano, dal punto di vista dell'imparzialità del giudizio, perplessità pari se non maggiori di quelle che possono riguardare la magistratura ordinaria. Il Presidente del Consiglio di Stato esercita l'azione disciplinare, fa parte dell'organo che decide se archiviare o procedere ad istruttoria e alla fine del procedimento assume la decisione finale. Allo stesso modo, relativamente ai magistrati contabili, il potere di *iniziativa disciplinare* è riservato esclusivamente al Procuratore generale della Corte dei conti, mentre il Consiglio di presidenza delibera sia sull'apertura del procedimento disciplinare sia sulla decisione finale. In entrambi i casi i componenti del Consiglio di Presidenza partecipano anche alla decisione finale.

Inoltre il procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi e contabili ha natura amministrativa e pertanto il provvedimento finale è impugnabile davanti al Tribunale amministrativo regionale e poi in appello al Consiglio di Stato medesimo.

Se veramente si volesse ricostruire dalle fondamenta l'assetto strutturale del sistema disciplinare, si potrebbe – come ho accennato – riflettere sui *pro* e sui *contra* dell'istituzione di un *giudice disciplinare comune a tutte le magistrature*. In questa direzione, del resto, si era già mossa, almeno parzialmente, la Commissione Bicame-

rale istituita nel 1997, che aveva previsto un organismo di giustizia disciplinare comune alla magistratura ordinaria e a quella amministrativa e composto di 6 membri eletti dal Csm (4 togati e 2 laici) e 3 dall'organo di governo autonomo della magistratura amministrativa (2 togati e 1 laico).

È un tema, questo, che si inserisce in un discorso più ampio sul rapporto tra la magistratura ordinaria e le magistrature "sorelle", il cui riesame rappresenta sempre più un presupposto importante per l'offerta al cittadino di un servizio-giustizia efficiente e "globale".

## 10. Giurisdizione: una o trina?

Il potere giudiziario, oggi, non è più quello disegnato dal nostro costituente nel 1947, quando prevalevano, per ovvie ragioni storiche, le preoccupazioni di tutela della neonata democrazia. Per evitare il ritorno dei tribunali speciali e l'assoggettamento della magistratura all'esecutivo, allora era fondamentale che la Carta affermasse la completa autonomia della magistratura da ogni altro potere. Ribadire questa autonomia resta necessario, anche alla luce di qualche ricorrente tentazione di ritorno al passato. Ma, trascorsi più di 60 anni dal varo della Costituzione, è inevitabile osservare che la magistratura ha esteso la propria competenza praticamente a tutti i settori della vita pubblica – si vedano, ad esempio, i poteri della Corte costituzionale e del giudice amministrativo in sede di ottemperanza – e in molti aspetti della vita privata dei cittadini – penso ai nuovi diritti: la privacy, il diritto dell'informatica, la tutela della proprietà industriale, i diritti dei genitori e dei figli connessi ai progressi della diagnosi e dell'implantologia prenatale, la complessa questione del fine vita.

Oggi, dunque, bisogna prendere atto che la magistratura fa parte a tutti gli effetti della *governance* dello Stato, nel senso che le decisioni che essa prende non sono più per i soli addetti ai lavori – o per chi, suo malgrado, si trova a fare i conti con la giustizia – ma incidono anche sull'economia (competitività e calcolo dell'investimento) e sulle decisioni del governo (si pensi, per esempio, agli effetti politici – per molti versi paradossali – del recente contenzioso amministrativo sulla data delle elezioni regionali e alle sue ricadute sulla crisi di governo; ma anche alla competenza del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso i provvedimenti delle autorità indipendenti).

Se così è, occorre svolgere una considerazione ulteriore, che parte da questo primo approdo: se la magistratura o, meglio, le *magistrature* sono parte della *governance* dello Stato, allora è necessario, da un lato, che i confini delle loro competenze siano chiaramente definiti e, dall'altro, che la loro organizzazione sia coerente con i nuovi compiti che oggi svolgono.

### Definire i confini esterni e interni della giurisdizione

Sotto il primo profilo occorre riflettere sulla necessità di identificare meglio le materie e gli atti sottratti al sindacato giurisdizionale (che certamente debbono esistere, per evitare pericolosi sconfinamenti).

Al vertice stanno gli atti coperti dal segreto di Stato. Subito sotto andrebbero indicate quelle materie e quegli atti che, sebbene non segreti, per il loro intrinseco contenuto non devono essere sindacabili dalle magi-

strature: si potrebbero definire «atti politici» e «atti di alta amministrazione»:

- Gli *atti politici* si sottrarrebbero in ragione della loro natura dichiarata: la politica deve cioè esplicitare che sta utilizzando le proprie prerogative; se non lo fa non può beneficiare dell'esenzione dalla giurisdizione, ma se lo fa – e quindi afferma la decisione di mettere in gioco la sua funzione – allora non dovrebbe essere possibile che un magistrato, *ex post*, ne sindachi il comportamento con canoni che, peraltro, sono attinti dal diritto comune.
- Gli *atti di alta amministrazione* sarebbero sottratti, invece, perché la rilevanza del loro contenuto è tale da imporre una limitazione al diritto di tutela giurisdizionale. Si pensi alle delibere del Cipe o delle autorità indipendenti: sono atti che evidentemente non possono essere trattati come una delibera di un comune di cento abitanti e quindi non è opportuno che il giudice si sostituisca alla politica per sindacarne la validità e assai più spesso l'opportunità nel merito.

Al di fuori di queste ipotesi, cioè per le questioni sottoposte alla giurisdizione, occorre domandarci se non si possano modulare diversamente le modalità di tutela rispetto alla importanza dei beni tutelati. Oggi ogni pretesa azionabile ha almeno due se non tre gradi di giudizio, nei quali i giudici utilizzano gli stessi canoni di valutazione. Il risultato è una sequela di valutazioni sovrapposte, spesso contraddittorie e comunque soggette a continui cambiamenti.

Per quanto riguarda gli interventi possibili nell'ambito di competenza della *magistratura ordinaria* rimando ai capitoli precedenti. Nel *giudizio amministrativo* occorre, invece, definire meglio i poteri del giudice, anche qui secondo un criterio di complessità e di importanza dell'affare trattato: per gli atti amministrativi di maggior rilevanza – ad esempio, la nomina dei posti direttivi della magistratura – si potrebbe pensare ad una competenza in unico grado del Consiglio di Stato, che giudicherebbe solo della legittimità dell'atto, magari con un rito accelerato. Un tale canone da un lato garantirebbe speditezza processuale e dall'altro eviterebbe sovrapposizioni di giudizio tra amministrazione attiva e organi di controllo.

### Un'uniformità possibile?

A questo punto occorre, però, fare un passo indietro per avere uno sguardo d'insieme sul vasto mondo dell'attività giurisdizionale e chiedersi se abbia ancora un senso mantenere tre giurisdizioni – ordinaria, amministrativa e contabile – distinte.

La questione può essere discussa sotto due distinti angoli visuali: quello della struttura delle magistrature e della loro organizzazione e quello della loro attività, cioè della giurisdizione ad esse devoluta.

Quanto a struttura, per la magistratura ordinaria l'autonomia e l'indipendenza sono ormai un dato acquisito e rappresentano la garanzia per il cittadino di poter contare su un magistrato che giudica senza condizionamenti: non è un risultato da poco. In tal senso,

occorrerebbe forse alzare lo sguardo anche su alcuni sistemi di nomina nei ruoli delle magistrature speciali che non sembrano del tutto coerenti con quei valori.

Ma fermo restando l'apprezzamento per l'ottima preparazione dei magistrati amministrativi e contabili, anche il sistema di verifica della professionalità andrebbe uniformato sulla base del modello proposto con la modifica dell'ordinamento giudiziario del 2006-2007, che prevede le valutazioni periodiche: la professionalità infatti è l'altro grande baluardo delle magistrature, la cui autorevolezza è data dal riconoscimento che i cittadini danno loro valutando il prodotto quotidiano delle aule giudiziarie.

Il sistema disciplinare andrebbe uniformato: oggi è troppo eterogeneo e per le magistrature speciali ha tratti di marcata «autodichia» che sfiora l'incompatibilità, come abbiamo visto in precedenza anche a proposito dell'alta corte disciplinare comune a tutte le magistrature, che avrebbe il pregio di eliminare per i rispettivi organi di autogoverno la commistione tra funzione amministrativo-valutativa e funzione disciplinare.

Al di là degli assetti organizzativi, anche sul piano operativo occorre chiedersi se la presenza di tre giurisdizioni separate continui ad avere senso. Parto da un'osservazione quasi empirica: oggi la ripartizione "scolastica" tra *diritti e interessi legittimi*, che ha rappresentato il fondamento teorico della distinzione, ha perso di significato. Nella realtà giuridica i due ambiti non sono più separati da un confine così netto: penso a una serie di istanze nuove – quelle connesse alla tutela ambientale, alla salute, alla privacy, ad esempio – che sono ormai consolidate nell'ordinamento ma che non trovano posto

inequivocabilmente all'interno di una o dell'altra delle categorie classiche. Ma anche nella prassi giurisdizionale le delimitazioni sbiadiscono: oggi non solo il giudice ordinario può disapplicare gli effetti di un atto amministrativo ma quello amministrativo può condannare la pubblica amministrazione a risarcire i danni cagionati dall'emanazione di un atto illegittimo. L'attribuzione di un giudizio alla magistratura ordinaria o a quella amministrativa è stabilita ormai dalla legge, non da un criterio intrinseco relativo al bene giuridico da tutelare.

03 L'osmosi giurisdizionale non risparmia neanche la *magistratura contabile*: oggi la Corte dei conti giudica della responsabilità erariale non più soltanto sulla base della natura (pubblica) del *soggetto* coinvolto, bensì anche in relazione alla circostanza *oggettiva* che sia stato utilizzato denaro pubblico, non importa se da un ente pubblico o da un privato, nonostante il contrario avviso della Cassazione.

Lo scricchiolio dei tradizionali steccati può disorientare il cittadino, che si preoccupa legittimamente di sapere a quale giudice deve sottoporre la sua istanza senza correre il rischio di vedersela rigettare e, per evitare sorprese, finisce sempre più spesso per impugnare lo stesso provvedimento in più sedi. Una prassi che non giova certo all'alleggerimento del sistema complessivo.

Alla luce di queste considerazioni di ordine sistematico e pratico, il dubbio sulla sensatezza della distinzione tra le tre giurisdizioni non appare così "eretico" e l'ipotesi di una loro unificazione – per un legislatore capace di guardare lontano – non così peregrina. Di una operazione di questo genere beneficerebbe non solo il cittadino ma anche la stessa giurisdizione: si eleverebbe

lo standard di garanzie (indipendenza, professionalità, giudizio disciplinare) e si eviterebbero i contrasti che il possibile sconfinamento inevitabilmente porta con sé. Ma soprattutto l'autonomia del potere giudiziario nel suo insieme ne uscirebbe rafforzata, a tutto vantaggio dell'equilibrio con gli altri poteri dello Stato.

Forse Sacco  
For?