

Introduzione

Cronaca di una riforma (troppo) a lungo annunciata

Sergio Lorusso

SOMMARIO: 1. L'insostenibile caducità delle regole processuali. – 2. Uno sguardo trasversale. La novella letta attraverso la lente delle garanzie difensive. Riforme e controriforme. – 3. Il modello rinnegato. Lunga vita alle indagini preliminari. – 4. L'incudine e il martello. Il processo penale tra i giudici e le leggi. – 5. Una riforma assai poco "epocale". Tanti dubbi e poche certezze: quale futuro?

1. *L'insostenibile caducità delle regole processuali*

La l. 23 giugno 2017, n. 103, pone numerosi interrogativi in ordine alla tenuta delle garanzie fondamentali della giurisdizione, ed in particolare del diritto di difesa, costituzionalmente garantito con una formula che lo connota in termini di "sacralità" sancendone l'inviolabilità «in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, comma 2, Cost.).

In questo volume vi sono molti contributi accomunati anche sotto il profilo linguistico da un *fil rouge* – la presenza di una serie di punti interrogativi nei titoli degli stessi – che ne costituisce la cifra unificante a prima vista più tangibile. Non si tratta di un appesantimento stilistico involontario, né di un caso e tantomeno di un'esaltazione della "virtù del dubbio"¹ fine a sé stessa, o peggio di una vacua ostentazione di formule barocche lontane anni luce dall'impostazione e dall'approccio al mondo del diritto (e della giustizia) che contraddistingue questo gruppo di lavoro, bensì l'espressione della precisa volontà di evidenziare a chiare lettere le perplessità indotte dalla novella legislativa, i

¹Espressione mutuata da V. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Cacucci, Roma-Bari, 2007, *passim*.

profili problematici che emergono da una disciplina estremamente variegata e complessa, non aliena da lacune e contraddizioni.

Una legge a trecentosessanta gradi, che incide su molteplici istituti del processo penale, ma che non per questo manifesta segni di “ravvedimento” da parte di un legislatore sempre più avvezzo a procedere “in ordine sparso” – secondo una linea di tendenza ormai consolidata² – negli interventi di *make up* normativo, elaborati sovente in maniera frammentaria e disorganica e troppo spesso privi di coerenza interna e ancor di più di compattezza sistematica. Quasi una legislazione compulsiva³, espressione di una bulimia normativa di difficile inquadramento. Eppure, la legislazione processualpenalistica avrebbe piuttosto bisogno oggi di stabilità, una stabilità propedeutica al suo consolidamento e alla metabolizzazione da parte degli operatori. Di un periodo, insomma, di decantazione.

Continua – viceversa – ad essere una normativa *in progress*, nell’errata ed epidermica convinzione dei *conditores* che i reiterati mutamenti legislativi possano – quasi magicamente – risollevarne prontamente le sorti (e, con essa, quelle del sistema processuale penale). Quando invece è proprio dalla sua (ormai cronica) provvisorietà che deriva – in buona parte – l’inefficienza complessiva di un apparato che deve fare i conti quotidianamente con l’annosa – e tuttora irrisolta – questione della dilatazione abnorme (e quindi dell’irragionevolezza) dei tempi processuali e con l’incapacità (che di questa è figlia) di far fronte adeguatamente alle istanze repressive dell’ordinamento e alla sempre crescente domanda di giustizia (e di sicurezza)⁴ proveniente dalla collettività.

² Si tratta di un *trend* risalente quantomeno all’ultimo scorcio del secolo, ma che trova un antecedente nella “legislazione dell’emergenza” implementato – vigente il codice 1930 – quale strumento di contrasto al fenomeno terrorista prima ed a quello mafioso poi.

Occorre ricordare che la legge delega in base alla quale è stato edificato il codice vigente (l. 16 febbraio 1987, n. 81) prevedeva all’art. 7 la possibilità di emanare, entro tre anni dall’entrata in vigore del nuovo codice, disposizioni integrative e correttive. Si trattava, tuttavia, di modifiche che dovevano essere attuate «nel rispetto dei principi e criteri direttivi» enunciati nella delega e, quindi, orientati in direzione contraria rispetto a gran parte degli interventi asistematici qui richiamati.

³ In questa direzione, con riferimento al diritto penale sostanziale, i contributi contenuti in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006, *passim*; nonché, da ultimo, R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un’indagine qualitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2019, p. 13 ss., anche sulla base di un’indagine di taglio empirico-statistico.

⁴ Sul punto cfr., volendo, le considerazioni già svolte in S. LORUSSO, *Ipertrofia legislativa e declino del sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 285 ss.; S. LORUSSO, *Il fascino discreto dell’emergenza*, in ID. (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam, Padova, 2008, p. XXI, ove si evidenzia il formarsi di una vera e propria “cultura dell’emergenza”, quella cultura che ha ispirato i molteplici “pacchetti sicurezza” susseguiti – senza differenze di colore politico – nel tempo.

Ne è riprova il dibattito – l’ennesimo – sul tema della prescrizione, rimodellata in senso restrittivo a colpi di emendamenti ad un disegno di legge in tema di anticorruzione – che ha originato la l. 9 gennaio 2019, n. 3 – e considerata quale panacea dell’incapacità della macchina giudiziaria di pervenire a condanne certe in tempi ragionevoli, così scambiando le cause con gli effetti: “stoppato” il suo fluire dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, anche quando questa sia di assoluzione, ci si illude di realizzare quell’effetto taumaturgico di guarigione universale e onnipotente attribuito dal mito greco alla pozione dell’omonima dea ellenica Panacea. Definita – con una formula da tempo abusata dai governanti (lo stesso epiteto ha accompagnato il varo della legge Orlando) – una riforma “epocale” dal guardasigilli, la nuova disciplina ha suscitato forti perplessità sia nella magistratura che nell’avvocatura ed è poi entrata in vigore – causa “contrattazioni” politiche all’interno della maggioranza gialloverde – il 1° gennaio 2020, contestualmente ad un’apertura di credito in favore di una rivisitazione delle regole codicistiche tesa a rendere più ragionevoli i tempi del processo.

Non va trascurato che l’intervento modificativo della normativa in materia giunge a solo poco più di un anno dal rinnovato disegno dell’istituto realizzato proprio dalla riforma Orlando. Una sorta di improprio *spoils system* legislativo che, come detto, si pone in contrasto con quell’esigenza di stabilità normativa necessaria per l’assimilazione e per la sedimentazione dei contenuti tracciati dai *conditores*, indispensabile ai fini di un proficuo funzionamento del processo (e, in genere, di ogni apparato normativo).

Tanto più se si considera che la riforma della prescrizione, pur investendo un istituto di diritto penale sostanziale, ha delle notevoli ricadute in ambito processuale: ad essere colpiti sono, infatti, il diritto alla ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), rischiando l’imputato di cadere in un limbo evidentemente foriero di conseguenze processuali negative e di pregiudizi extraprocessuali di non poco conto, ma anche – in maniera indiretta – la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), che risulta essere così in qualche modo “sospesa” e proiettata in avanti nella sua dimensione effettuale (essere considerati innocenti fino a che non intervenga una sentenza definitiva significa anche avere diritto ad un accertamento processuale che faccia uscire l’imputato dallo stato di incertezza nel più breve tempo possibile)⁵. Due valori fondanti del modello costituzionale di processo penale del nostro ordinamento, due tasselli ineliminabili della sua identità.

Ancora una volta, sono le ragioni della propaganda a prevalere su quelle di

⁵ Ad essere coinvolti, secondo P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. XXIV, sono anche il diritto di difesa e la funzione rieducativa della pena.

consolidamento del tessuto normativo, premessa ineludibile di un sistema processuale efficiente che non rinunci per questo ad essere garantito. Ma, si sa, è più facile rispondere – sull’onda della pressione rinveniente dall’opinione pubblica – con una legislazione emotiva (di indubbia capacità attrattiva sotto il profilo del consenso, così determinante per la classe politica, in ragione dell’impatto immediato sulla cittadinanza), che pensare ad interventi meditati e di lungo periodo, da attuare anche sul piano ordinamentale – che non può mai essere considerato avulso dagli ingranaggi processuali, spesso condizionandoli – e del potenziamento delle strutture. Le riforme “a costo zero”, è noto, sono più semplici ma non sempre giovano alla macchina giudiziaria e da questo punto di vista il “governo del cambiamento” appare – allo stato – tutt’altro che innovativo e/o rivoluzionario rispetto agli esecutivi che lo hanno preceduto.

L’innovazione legislativa, d’altro canto, è rimasta per alcuni mesi “congelata” per espressa volontà dei *conditores* – è entrata in vigore il 1° gennaio 2020 – stante l’inedita visione “sinallagmatica” che ha contraddistinto il governo gialloverde e le sue opzioni politiche. È stata, difatti, approvata ma con la puntualizzazione da parte di uno degli azionisti di maggioranza che le sue sorti avrebbero dovuto essere indissolubilmente legate al varo di una più ampia riforma del processo penale, all’epoca in fase di elaborazione e poi rimasta tale. Si è trovato così un punto di equilibrio tra le due anime dell’esecutivo, la cui concezione del sistema giustizia appare alquanto distante e divergente, oscillando come un pendolo tra approcci di stampo garantista e punte di giustizialismo (solo apparentemente votate a realizzare una maggiore efficienza della macchina processuale). Tutto ciò, ovviamente, viene oggi ridiscusso – con alterne fortune e con esiti incerti – dalla nuova maggioranza giallorossa (per continuare nella connotazione multicolore mediaticamente adottata) e dal nuovo governo varato lo scorso settembre.

Un’ennesima riforma del processo penale – come si diceva – è stata enfaticamente annunciata, di fronte alla levata di scudi giunta da un inedito e unitario *parterre* di protagonisti del mondo della giustizia che ha visto schierati nella medesima direzione – rispetto ai nuovi assetti della prescrizione – l’avvocatura, una parte cospicua della magistratura e la dottrina, traducendosi in una bozza di disegno di legge delega che attende ora di essere sottoposta al vaglio parlamentare per potersi trasformare in un testo normativo compiuto⁶.

⁶ V. *infra*, cap. XIV.

2. *Uno sguardo trasversale. La novella letta attraverso la lente delle garanzie difensive. Riforme e controriforme*

Si diceva, dunque, della caducità delle norme processuali di cui da tempo è intrisa la legislazione processualpenalistica e della frammentarietà di cui è figlia. Per l'interprete, il rischio è di perdersi nei mille rivoli in cui sempre più spesso la normativa si articola, rendendosi impermeabile a una costruzione sistematica o, quanto meno, all'evidenziazione di punti di riferimento che consentano di tracciare microstrutture omogenee e concordanti.

Fondamentale, allora, esaminare in maniera organica la disciplina contenuta nella legge Orlando attraverso una lente peculiare, con uno sguardo trasversale che superi la pur accurata esegesi delle norme (già ampiamente effettuata da numerosi volumi che hanno preceduto questa iniziativa editoriale⁷) per mettere in evidenza quali sono le ricadute sul diritto di difesa di una riforma troppo a lungo annunciata, di una legge che ha avuto una eccessivamente lunga e faticosa gestazione, poi conclusasi con un'improvvisa accelerazione – frutto della volontà politica di “portare a casa” il risultato⁸ – che non ha giovato certo alla sua compattezza, alla sua coerenza ed alla qualità dei risultati ottenuti, poco esaltanti anche per la tecnica ed il linguaggio legislativo – quest'ultimo spesso oscuro e impreciso – adottati.

Ma anche questa, purtroppo, non è una novità.

Sarà il diritto vivente, sempre più distante dal diritto vigente, a dire se le innovazioni introdotte consentono di realizzare un processo penale più efficiente che non releghi, per questo, in secondo piano le garanzie individuali, che costituiscono la cifra di un sistema processuale di stampo liberale e la traduzione necessaria dei valori costituzionali in materia, alla cui base vi è – al-

⁷ Si vedano, in particolare, le analisi svolte in L. GIULIANI-R. ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; G.M. BACCARI-C. BONZANO-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO, (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2017, *passim*; A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

⁸ Sottolinea il paradosso di una legge «che alcuni partiti politici hanno avuto talmente tanta fretta di approvare [...] pur sapendo che la stessa era sbagliata, da chiedere al governo di monitorarla per eventualmente modificarla», B. MIGLIUCCI, *Verso il congresso straordinario*, in *Parola alla difesa*, n. 5, 2017, p. 472.

meno fino a quando non si deciderà di mutarne l'essenza – la valorizzazione della persona umana quale centro della vita collettiva.

In primis, le garanzie difensive, che del processo penale contemporaneo costituiscono l'architrave cui non è possibile rinunciare in una visione evoluta e illuminata della macchina processuale, pena il collasso dell'edificio e la regressione a logiche autoritarie ormai obsolete (o che dovrebbero essere considerate tali) predominanti in un passato più o meno remoto. I primi segnali, in verità, sono tutt'altro che incoraggianti.

Non solo.

In ragione del mutamento della maggioranza politica, scaturito dalle elezioni del 4 marzo 2018, diviene indispensabile cercare e tracciare linee di continuità e di discontinuità tra le due legislature, per comprendere se il cambio di passo annunciato e dichiarato sia reale e se, da tale (eventuale) mutamento, possa desumersi un avvicinamento o un ulteriore allontanamento da quelle prospettive di riforma che hanno originato, ormai un trentennio orsono, il vigente codice di rito. Da quell'idea di giustizia penale – mediaticamente veicolata dallo *spot* del processo alla Perry Mason – che, per la verità, ha faticato *ab initio* ad affermarsi ed a radicarsi per ragioni a tutti note.

Il clima politico e sociale è cambiato, e certo non in maniera trascurabile, così come la riforma condensata nel codice 1988 non ha dato nel tempo buona prova di sé stessa, e non soltanto per le indubbie resistenze *lato sensu* ideologiche che ne hanno di fatto ostacolato la sua piena attuazione. La nuova cultura del processo ha fatto fatica ad attecchire, anche per ragioni storiche legate alla nostra secolare tradizione giuridica⁹. L'ingranaggio processuale creato – va detto per onestà intellettuale – ha avuto estrema difficoltà a dispiegarsi anche per alcune incongruità sistemiche nascenti dall'aver puntato tutto sulla creazione di dinamiche procedurali mutate dall'impianto accusatorio d'oltreoceano – nell'apprezzabile e condivisibile intento di garantire al massimo l'imputato e dunque il diritto di difesa come valore pregnante, anche (e soprattutto) nella sua proiezione probatoria – avulse però da un intervento (che, certo, avrebbe dovuto avere una valenza costituzionale con le articolate modalità richieste dalla Carta fondamentale per la sua revisione) su dimensioni fondamentali in un'architettura accusatoria e in un processo di parti – come il contesto ordinamentale e strutturale correlativo agli assetti di *common law* comprova – quali il superamento del mito dell'obbligatorietà dell'azione penale e, ancor prima, la separazione anche strutturale dell'organo dell'accusa che

⁹Sottolinea la resistenza al cambiamento, specie da parte della magistratura, tale da far ritenere «culturalmente inaccettabile [...] la prospettiva che fosse garantita l'assoluta irrilevanza processuale di quanto appreso durante l'inchiesta preliminare», O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2019, p. 2.

ne rivelasse *in toto* la diversità rispetto all'organo della giurisdizione. Ambiguità delle coordinate di fondo, insomma, certificate dalla continua e inarrestabile fluidità del codice di rito scandita da un infinito mosaico di interventi del legislatore e della Corte costituzionale da cui emerge in maniera categorica la sua fragilità.

Ecco allora spiegato il titolo del volume che, nell'affrontare i temi più critici e rilevanti lambiti dalla novella legislativa del 2017 sotto il profilo delle garanzie difensive, elemento fondante del codice vigente nell'ottica di una visione liberale del processo penale, si propone di fare un bilancio – articolato e complesso, considerati gli *step* differenziati di entrata in vigore della normativa contenuta nella legge Orlando e di attuazione delle relative deleghe, condizionati dai mutamenti di rotta determinati dalle maggioranze e dai governi susseguitsi in maniera disarmonica rispetto al passato – degli effetti concreti della relativa disciplina, evidenziandone i limiti e guardando oltre in maniera coordinata con la produzione normativa della XVIII legislatura e prospettando, se del caso, possibili soluzioni per le numerose criticità anche in una prospettiva *de iure condendo* che tenga conto del rinnovato contesto politico e delle sue prevedibili (o quantomeno possibili) proiezioni. Prospettiva tutt'altro che remota, se guardiamo ai numerosi vuoti, alle carenze e alle contraddizioni della normativa, contestualizzandoli rispetto al “nuovo corso” – anzi, ai “nuovi corsi” – intrapreso dalle forze politiche che hanno assunto la guida del Paese.

Pur nella consapevolezza, prima evidenziata, che non basta una buona legge per risolvere d'*emblée* i problemi della giustizia penale, non si deve rinunciare infatti al tentativo di offrire agli operatori un “prodotto normativo” quanto più adeguato e idoneo a raggiungere gli obiettivi di politica criminale prefissati. Anche quando gli orizzonti prospettati dal legislatore sono tutt'altro che rasserenanti e orientati verso una prospettiva che può essere per certi versi definita – pur con i limiti e la genericità di tale espressione, che dice tutto e niente – “giustizialista”, o comunque più orientata (non solo per ragioni di consenso, ma anche per un approccio al processo penale inteso quale strumento non esclusivamente repressivo ma di prevenzione degli illeciti nell'ottica di “pulizia morale” della società e in ispecie di sradicamento dei deprecabili fenomeni corruttivi *et similia*) ai “numeri” raggiungibili grazie all'efficientismo che ai diritti e alle garanzie della persona.

Imprescindibile, allora, per offrire un'analisi più esauriente e compiuta, allargare l'angolo di osservazione a questo primo segmento della XVIII legislatura, a ormai più di due anni dall'insediamento del nuovo Parlamento, per coglierne le linee di tendenza in materia di processo penale con particolare riferimento al profilo delle garanzie difensive. Linee tutt'altro che intelligibili, in verità, anche a causa della (precedentemente menzionata) congenita diversità dei *partner* governativi succedutisi, in prima battuta legati da un improbabile

“contratto”, che sembrano far emergere, nella sostanza, una tendenziale propensione all’efficienza della macchina processuale e ai suoi risultati rispetto alla tutela delle garanzie individuali. Diversità peraltro ribadita dal secondo governo dell’attuale legislatura, sia pure in una differente prospettiva suggellata questa volta da un più elastico accordo politico esplicitato in un documento programmatico, caratterizzato da un mutamento cromatico – per riprendere il lessico giornalistico – che non fa decrescere il tasso di divergenza tra gli alleati che sostengono l’esecutivo, alimentando all’opposto la confusione e l’assenza di linee d’indirizzo coerenti (e persino ridimensionamenti e clamorose contraddizioni rispetto a precedenti scelte di alcune forze politiche, come nel caso emblematico della “controriforma” della prescrizione proposta dalla compagine governativa ma che soffre di un insormontabile ostacolo di natura costituzionale).

Il cerchio attuativo della riforma Orlando – in ogni caso – stenta a chiudersi, nonostante il notevole tempo trascorso dalla sua promulgazione. L’ultimo scampolo della novella varata nell’estate del 2017 e concernente la delega in materia di intercettazioni, difatti, è stato reiteratamente procrastinato nella sua operatività (ufficialmente per la necessità di adeguare sotto il profilo logistico e informatico le strutture) fino ad essere assorbito in un nuovo testo normativo che si muove seguendo differenti coordinate: l’entrata in vigore del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, attuativo della delega in materia di captazioni di comunicazioni e di conversazioni, è ripetutamente slittata – dal 26 luglio 2018 al 1° aprile 2019, al 1° agosto 2019, al 1° gennaio 2020 e, nei termini di cui si dirà tra breve, al 29 febbraio 2020 per approdare al 1° maggio 2020 e, da ultimo (?), al 1° settembre 2020 –, anche in questo caso aspettando l’agognata (e assai propagandata) riforma del processo penale¹⁰ che avrebbe dovuto fungere da contrappeso, l’ennesima di valenza “epocale” nei *desiderata* dei *conditores*, vera e propria *Godot* di questo primo scorcio di legislatura sul terreno della giustizia penale. Ne emerge, al di là dei ripetuti proclami, la difficoltà reale di operare una frattura con il pregresso, con quel dato normativo cui pure ci si è “ideologicamente” contrapposti in passato. Pesa, ancora una volta, la natura “bifronte” del governo e della maggioranza, i cui corredi programmatici sono difficilmente conciliabili. Assume anche rilievo, tuttavia, l’incapacità di elaborare visioni sistematiche alternative che richiedono scelte di lungo periodo: preferibile, allora, è la pratica della legislazione estemporanea.

Soltanto alcuni scampoli della neonata disciplina in materia di captatore informatico sono divenuti operativi a seguito dell’innesto normativo rinveniente alla l. 9 gennaio 2019, n. 3¹¹. Quanto al resto, insomma, si può ironi-

¹⁰ Nella stessa direzione P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. XXV.

¹¹ Si tratta dei requisiti che legittimano l’autorizzazione a compiere intercettazioni di comu-

camente affermare ... “non ci resta che attendere”¹².

Questo, infatti, è stato il messaggio che i governi fin qui succedutisi nella XVIII legislatura hanno (più o meno consapevolmente) lasciato trapelare, nella difficoltà prima evidenziata di mediare approcci al processo e alla giustizia penale antitetici.

E in una materia così delicata e sensibile qual è quella delle intercettazioni, la cui dimensione invasiva rende assai arduo contemperare e far coesistere esigenze ed istanze tutte egualmente “forti” e significative nonché costituzionalmente protette (efficienza delle indagini finalizzate alla repressione dei reati, diritto alla riservatezza delle persone coinvolte in un procedimento penale come di coloro che “subiscono” l’attività captativa pur essendo a quel procedimento estranei, diritto di cronaca da circoscrivere, comunque, alle notizie aventi rilevanza pubblica recidendo tutto ciò che attiene al *gossip* giudiziario), una situazione di stallo normativo di questo genere risulta evidentemente assai emblematica e significativa.

Se si considera poi che, in tale scenario, l’utilizzo del captatore informatico – strumento investigativo di inusitata potenza ed invasività – ha continuato per un ampio arco temporale a restare privo di una copertura normativa, essendo quindi di fatto rimesso all’elaborazione giurisprudenziale (e ricondotto nell’alveo della prova atipica), il panorama che ne è derivato è tutt’altro che entusiasmante.

L’anello mancante del disegno voluto dal guardasigilli Orlando ha stentato dunque a materializzarsi per un biennio, finché il governo, intervenendo con un decreto-legge recante *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* (d.l. 30 dicembre 2019, n. 161), convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 7, ha riscritto la disciplina predisposta in attuazione della delega contenuta nella riforma Orlando ispirandosi a differenti criteri.

La disciplina – assai articolata – sarà analizzata in maniera diacronica in altra parte di questo volume¹³. Qui è il caso soltanto di sottolineare alcune direttrici significative, a partire dal netto ridimensionamento – di fatto – delle potenzialità difensive derivanti dalle modalità di accesso all’archivio digitale – non più riservato – contenente le intercettazioni ritenute non rilevanti: la possibilità di ascoltare queste ultime solo *in loco*, senza possibilità di estrarne una

nizzazioni e di conversazioni tra presenti mediante captatore informatico per rilevanti delitti contro la pubblica amministrazione posti in essere da pubblici ufficiali, equiparati a quelli previsti per i reati in materia di criminalità organizzata e con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale e, dunque, divenuti più stringenti.

Per un esame complessivo della disciplina v. *infra*, cap. XI.

¹² V. *infra*, cap. X.

¹³ V. *infra*, cap. X.

copia digitale come accadeva fino ad oggi, per giunta entro un termine stabilito discrezionalmente dal pubblico ministero, pur se ispirata da apprezzabili esigenze di impedire la divulgazione di notizie che vanno ad alimentare malintese esigenze informative dell'opinione pubblica, rappresenta una seria menomazione difensiva, soprattutto nei procedimenti più corposi e articolati ove il materiale intercettato è così ingente da tradurre in una missione impossibile il tentativo di cogliere nella loro interezza gli esiti dell'attività captativa per trarne elementi a scarico.

Per risolvere – o almeno per mitigare – i deprecabili fenomeni di violazione del diritto alla riservatezza che costantemente si susseguono (specie rispetto a quei procedimenti che coinvolgono, anche come semplici interlocutori degli indagati, personaggi pubblici), insomma, si adottano soluzioni discutibili che partono dall'assunto secondo il quale sarebbero (esclusivamente) le parti private – ed in specie i difensori – ad essere i responsabili dell'emorragia di dati che dovrebbero rimanere segreti. Quando sappiamo che non è così.

La scrematura delle captazioni torna ad essere di pertinenza del pubblico ministero, sempre al fine di assicurarne la segretezza e tutelare così la privacy degli interessati rispetto a tutto ciò che non attiene alla vicenda giudiziaria. È evidente, però, che il ruolo della polizia giudiziaria continua ad essere in concreto determinante poiché il primo (integrale) ascolto avviene da parte di quest'ultima che, inevitabilmente, continuerà a fornire degli *input* all'organo dell'accusa materialmente non in grado di ascoltare tutte le registrazioni.

Così come occorre evidenziare che il parametro introdotto per orientare la delicata operazione del pubblico ministero – estrapolazione delle «espressioni lesive della reputazione della persona» – finisce per essere una scatola vuota. Ma più di ogni altra innovazione legislativa, è l'obbligo istituito in capo al pubblico ministero e al giudice per le indagini preliminari di riportare nelle richieste e nei provvedimenti cautelari (dei quali è consentita *expressis verbis* la pubblicazione) – quando necessario – i «brani essenziali» delle trascrizioni che è destinato presumibilmente a far franare le buone intenzioni del legislatore, mosso dal lodevole tentativo di porre fine a un fenomeno tanto biasimevole quanto diffuso.

Il legislatore, poi, incorre in un inciampo lessicale, accostando due termini tra loro in rapporto di necessaria implicazione¹⁴: è possibile ora utilizzare il frutto di un'attività di captazione in altri procedimenti rispetto a quello nel quale la stessa è stata autorizzata – uno dei punti più controversi della riforma Bonafede in materia – nel caso in cui sia non solo «indispensabile» ma anche

¹⁴ Cfr., in questa direzione, L. FERRARELLA, *Intercettazioni, la riforma che moltiplica le incertezze*, in *Corriere della Sera*, 28 febbraio 2020, p. 26.

«rilevante». Quasi che si possa immaginare la sussistenza del primo requisito in assenza del secondo. Le parole sono pietre, ma in questo caso diventano sassolini ininfluenti, insignificanti granelli di sabbia che il vento trasporta dove più gli aggrada.

Alquanto ingarbugliata, infine, è la disciplina del captatore informatico, con regole di utilizzabilità differenziate in ragione delle tipologie di reati tra le quali emerge – ancora una volta – il disfavore nei confronti degli autori di reati contro la pubblica amministrazione che siano pubblici ufficiali o anche incaricati di pubblico servizio (estensione, quest’ultima, che genera non poche perplessità in considerazione dell’ampiezza della categoria).

La disciplina contenuta nel d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, è stata così archiviata (raro esempio di provvedimento legislativo ripetutamente “congelato” e mai entrato in vigore). Senza per questo essere sostituita da una normativa in grado di dissipare le criticità della regolamentazione pregressa.

È giunto il tempo, allora, di tirare le fila rispetto ad una riforma al contempo controversa e dilatata nel tempo, guardando simultaneamente al “nuovo corso” della giustizia penale inaugurato – dapprima timidamente e poi in maniera più consistente – nel primo segmento della XVIII legislatura. Sulla base, peraltro, di pochi e periferici interventi del governo gialloverde che hanno solo lambito il tessuto normativo e i suoi pilastri, irrobustiti poi dall’azione del governo giallorosso (al momento, come detto, caratterizzata più da annunci che da azioni) fino all’ultimo intervento straordinario imposto dall’emergenza Covid-19. Ma, soprattutto, tenendo conto delle intenzioni manifestate dall’esecutivo Conte I nella bozza di disegno di legge delega articolata in una trentina di punti di intervento e licenziata dal governo nel marzo 2018, poi sfociata nel luglio successivo in un impianto a prima vista più consolidato ma approvato dal Consiglio dei ministri con l’inedita formula “salvo intese” che maschera – neanche più di tanto – le distanze abissali esistenti tra le forze a sostegno della compagine di governo il cui operato si è precocemente concluso lo scorso agosto.

Il primo afflato normativo costituiva semplicemente una bozza – anzi una bozza iniziale, come recita l’intestazione del provvedimento *in fieri* – che in quanto tale suggeriva prudenza, consigliava esclusivamente considerazioni di carattere generale, destinate magari – com’è poi avvenuto – ad essere smentite (a pochi mesi di distanza) nel successivo *iter* legislativo da repentini e inattesi mutamenti di rotta. Scenari magmatici, espressione di una divergenza insanabile tra le forze politiche di maggioranza, oltreché condizionati dalla sopravvenienza di temi sensibili com’è accaduto con riferimento alle regole che disciplinano l’elezione dei membri togati del Consiglio superiore della magistratura (pur se concernenti l’ambito ordinamentale) a seguito di uno scandalo

senza precedenti che ha colpito alcuni suoi componenti. Quel che è importante – però – è coglierne gli *input*, le ispirazioni sistematiche (sempre se e quando ve ne siano), per provare a delineare gli scenari futuri della giustizia penale in Italia. Asse intorno al quale ruota l'ipotizzata riforma presentata dal guardasigilli Alfonso Bonafede è la riduzione dei tempi processuali, croce e delizia del nostro sistema processuale.

Punto su cui si innesta il secondo *step* dell'*iter* della XVIII legislatura, impropriamente saldato con la controversa riforma della prescrizione, cui si è fatto cenno in precedenza.

Prima di affrontare tali tematiche dando loro l'adeguato spazio¹⁵, tuttavia, è il caso di portare a compimento l'analisi delle dinamiche che hanno condotto – nell'arco di tre decenni – allo sgretolamento del modello di processo tracciato dal codice 1988. E che sono alla base della sua vulnerabilità.

3. *Il modello rinnegato. Lunga vita alle indagini preliminari*

Il sistema è imploso.

L'affermazione, che potrebbe apparire estrema, sintetizza in realtà il *gap* tra le peculiarità e le aspettative del modello processuale varato alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso e la sua concreta attuazione, lo iato esistente tra l'impianto sistematico e le sue ricadute applicative. È lo stesso edificio ad essere crollato per collasso dall'interno, sono state le sue stesse fondamenta a cedere per una debolezza intrinseca – probabilmente sottovalutata dai *conditores* – che ha gradualmente lesionato la costruzione nelle sue strutture portanti fino a renderla inagibile (e non agevolmente ristrutturabile).

La versione originaria del codice 1988 e l'assetto attuale costituiscono quasi due rette parallele, due entità isolate e separate da un solco profondo e difficilmente colmabile. Un codice snaturato, che fa fatica a riconoscersi¹⁶.

La torsione più rilevante e significativa è costituita – senza dubbio – dall'arretramento del baricentro del processo, ormai attestatosi ineluttabilmente nella fase delle indagini preliminari a dispetto dell'originaria vocazione accusatoria. Si tratta, peraltro, di un fenomeno che ha origini risalenti.

Molteplici le motivazioni, affrontate in altra parte di questo volume¹⁷.

Unica però la conseguenza: il rinnegamento delle opzioni primigenie, di quel-

¹⁵ V. *infra*, cap. XIV.

¹⁶ Efficace il ritratto tracciato da O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., p. 1 ss.

¹⁷ V. *infra*, cap. XIII.