Per la storia del pensiero giuridico moderno

93

DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA

MATERIALI DALL'INCONTRO DI STUDIO FERRARA, 12-13 NOVEMBRE 2010

a cura di DANIELE NEGRI e MICHELE PIFFERI

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

AVVERTENZA

Questo volume raccoglie gli Atti del seminario "Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana" tenutosi a Ferrara nel novembre 2010, organizzato in collaborazione dal Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara e dal Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno di Firenze. L'incontro di studio, animato da un confronto interdisciplinare tra cultori del diritto positivo e storici e filosofi del diritto, si pone in continuità con il seminario ferrarese dell'ottobre 2008 "Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana", i cui atti sono pubblicati in questa collana a cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta.

La vivacità del dibattito seminariale, riflesso negli interventi qui raccolti, deve molto alla ricchezza di spunti della relazione introduttiva di Renzo Orlandi ed alla disponibilità dei partecipanti a coglierne ulteriori prospettive di ricerca e approfondimento. A tutti va un sentito ringraziamento per aver accettato lo stile dialettico dell'iniziativa.

I curatori ringraziano i dottori Francesco Morelli, Federica Barro e Silvia Fasolin per la collaborazione nell'organizzazione del seminario e nella preparazione del presente volume.

D.N. e M.P.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LE RAGIONI DI UN DIALOGO

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

PAOLO CAPPELLINI

UN DIALOGO FINALMENTE MATURO. PROSPETTIVE STORICHE E RICOSTRUTTIVE SUL PROCESSO PENALE COME "DIRITTO COSTITUZIONALE APPLICATO" NELL'ITALIA REPUBBLICANA.

Le scarne considerazioni introduttive che qui si propongono non vogliono certo assumere le sembianze di un *plaidoyer*, e tuttavia in apertura non viene peregrino riproporre — come anni fa nella felice occasione d'incontro sul lago Trasimeno auspice Mario Sbriccoli, da cui nacque il volume dedicato a Paolo Grossi (*Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003) — un passo di Francesco Carnelutti, di un testo poco visitato, eppure (comunque lo si valuti) 'lungi mirante' del Carnelutti intento a cogliere la centralità del momento della lite, del conflitto, del giudizio per l'esperienza giuridica vista nel suo complesso.

Il passo è il seguente: « La punizione, purtroppo, non comincia con la condanna; ma è cominciata ben prima di questa col dibattimento, con l'istruzione, con gli atti preliminari, anzi col primo sospetto, che colpisce l'imputato; tanto il giudizio penale è punizione che spesso perfino l'imputato vi si assoggetta *in vinculis* come se fosse già stato condannato; il dramma è che egli è punito per sapere se debba essere punito. Né, dall'altro capo, il giudizio con la condanna è terminato, ma deve e più dovrà protrarsi, man mano che il diritto penale riuscirà a superare la fase presente, che è precivile, se non proprio incivile; dovrà, dico, protrarsi fino all'ultimo istante dell'espiazione: non tanto l'ipotesi della revisione quanto la modificazione progressiva del regime penitenziario, culminante nella liberazione condizionale del recluso, ne offrono, fin d'ora, una pallida prova ».

Non è peregrino così iniziare, non tanto perché l'incontro

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ferrarese, che qui si raccoglie in volume, tra le sue finalità annoverasse — anche se poi a legger bene tra le righe assai più di qualcosa si potrebbe trovare (conferme e smentite, com'è naturale) — la verifica in itinere di qualcuna delle 'speranze' carneluttiane.

Ben si sa che a partire in particolare dalla riflessione di Carnelutti — il quale vi era giunto però piuttosto per evoluzione interna del suo pensiero dogmatico-sistematico e di derivazione civilistica, e non tanto perché rivolgesse lo sguardo « a matrici angloamericane o a un pur illustre precedente dell'Europa continentale (1789-1791) » (Massimo Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 70) — e quindi, definitivamente per quanto lo riguarda, dal progetto del 1963, si apre una nuova possibilità di ricerca per la processualistica italiana.

E non per caso, già nel 1958, a soli due anni dall'entrata in funzione della Corte Costituzionale, quell' "elaborazione sistematica" non solo spiccatamente e isolatamente personale, ma capace di cogliere, forse proprio in forza del suo carattere idiosincratico, 'i segni dei tempi', poteva toccare, singolarmente con riferimento ad una causa con imputati di detenzione illecita di sostanze stupefacenti, uno dei nervi (seppur a rito mutato, forse tuttora?) più scoperti e sensibili dell'intera vicenda: « Il magistrato dunque aveva ragione; ma l'imputato si trovava di fronte alla sua richiesta, in una condizione d'inferiorità, che la civiltà giuridica e giudiziaria non dovrebbe tollerare: è lecito tener conto, in giudizio, di prove formate senza il concorso e perciò senza il controllo della difesa? (…) Esigenze tecniche, delle quali non disconosco punto il valore, operano nel senso che una prima acquisizione avvenga segretamente, nella fase istruttoria: ma appunto perciò si tratta di una acquisizione provvisoria, la quale può servire per assolvere l'imputato, ma non per condannarlo. La condanna non si può pronunciare se non quando l'acquisizione sia ripetuta nel giudizio pubblico con ogni garanzia e pertanto prima di tutto con la garanzia del contraddittorio ».

Non tanto dunque quella pagina ci sembra importante nell'aiutarci a definire la peculiarità di questo incontro tra storici-giuristi e processualpenalisti — né si dimentichi l'apporto rilevantissimo del filosofo (a partire dalle partecipate pagine di Baldassarre Pastore su principi epistemologici, etica della ricerca della verità e principi

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

costituzionali come elementi costitutivi della ragion pratica che presiede all'argomentazione nel processo penale odierno) —, perché suggerisca itinerari contenutistici o tecnico-propositivi che poi appunto storici del diritto e giuristi positivi si siano incaricati di percorrere.

Certo anche questo è il caso, e fin da subito: infatti con la bellissima relazione introduttiva di Renzo Orlandi — convincente anche in quanto capace di cogliere la complessità problematica del tema, che deve coinvolgere ben tre livelli di analisi « la situazione politico-sociale; lo stile dottrinale; la conseguente impostazione riformista » — l'individuazione del filo rosso della 'garanzia' dei diritti individuali porta ad una interessantissima proposta di periodizzazione: un primo, e più trascurato, periodo che va dal 1944 al 1961; un secondo, appunto, che prende le mosse dal progetto Carnelutti e arriva sino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989; il terzo, che coinvolge l'esperienza di traduzione concreta nella pratica giudiziaria del primo codice repubblicano, che va dal 1989 al 2010 (con tre momenti isolabili al suo interno: il triennio sperimentale 1989-1992; l'epoca di 'Mani pulite' dal 1992 al 1997; l'epoca del "giusto processo" 1997-2001) e che però deve fare i conti a sua volta con il sovrapporsi, dopo l'attacco del settembre del 2001 alle Torri Gemelle, di una ulteriore dimensione spazio-temporale, l'epoca della "ossessione securitaria" e l'apertura allo spazio giuridico europeo (2001-2010).

E come non fare riferimento, per seguire ancora il 'filo carneluttiano', alle importanti notazioni dell'intervento di Floriana Colao sul dibattito sulle garanzie e i diritti dalla Costituente alla "Novella" del 1955? O, ancora, alla disamina, in parte giocata sul rapporto, talora assurto a dualismo sul tema della configurazione disciplinare, fra Leone e Carnelutti, acutamente svolta in sede di Tavola rotonda da Marco Miletti.

Ma il discorso carneluttiano contiene una 'cifra' che ci pare renda possibile entrare realmente al centro della tematica di fondo che a nostro avviso gli organizzatori ferraresi Daniele Negri e Michele Pifferi, sostenuti da Giovanni Cazzetta e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Ferrara, nonché con il Contributo del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze diretto da Bernardo Sordi (e

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

sull'esempio dell'analoga bella iniziativa precedente che coinvolgeva i giuslavoristi), hanno intuito essere decisiva.

La cifra è quella che accenna alla maturità di un dialogo. Ma prima di cercar di tracciare per sommi capi i caratteri di questa maturità, e quindi di entrare anche noi in dialogo con gli organizzatori, va premessa un'ulteriore considerazione, non dalla prima disgiunta, e anch'essa sottolineante una maturità che di quella che ci interessa costituisce una importante premessa.

Intendiamo cioè alludere alla testimoniata maturità della formula dell'incontro, che rende ormai l'appuntamento del Dipartimento ferrarese, e lo dico anche con la nostalgia e la vicinanza di chi ebbe ad appartenervi, un momento non rinunciabile per chi ha a cuore il 'dialogo tra giuristi '. È infatti proprio da un tavolo di lavoro comune di storici e giuristi ferraresi che parte la proposta e successivamente l'individuazione di un relatore, attorno al cui contributo si muovono prima gli interventi e poi la tavola rotonda conclusiva; con il dibattito arricchito infine dalla 'testimonianza di un protagonista', nella fattispecie di uno dei 'Padri' del codice repubblicano, Mario Chiavario.

La cifra è infatti quella che pone sul tappeto, in modo ineludibile, il tema — oggi così evidente, ma come tutte le cose troppo 'visibili', sfuggente all'osservazione (ma si vedano in proposito le lucide notazioni di Ettore Dezza e di Giuseppe Di Chiara sulla recente e sempre più soffocante 'mediatizzazione' del processo) — dell'afflittività dello stesso processo, del tendenziale rovesciamento del rapporto tra principio cognitivo e diritti individuali, ma soprattutto del necessario rapporto che la c.d. "rivoluzione dell'accusatorio" instaura tra principio cognitivo della ricerca della verità e principio dispositivo (rapporto declinabile, alternativamente, come equilibrio o, invece, egemonia): se si stia o meno realizzando il superamento della « fase presente, che è precivile, se non proprio incivile »; se, sulla base della critica del passato e delle sue tradizioni ci si stia incamminando, e se sì, con quale passo, verso una migliore configurazione della « civiltà giuridica e giudiziaria ».

In una parola, per richiamare la nozione di 'incivilimento', corrente in tradizioni alte del discorso filosofico e giuridico italiano e cara alla linea di ricerca di Mario Sbriccoli — che fa da filigrana un po' a tutti gli interventi, ma è soprattutto degnamente rappresentata

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dalla riflessione su "i diritti della storia e la storia dei diritti" nel processo penale repubblicano dell'allievo diretto Luigi Lacchè —, la questione di quale spazio si dia nel processuale penale per il 'giurista civile', per una definitiva e non meramente declamatoria o declaratoria « riscoperta di un prezioso *Leitmotiv* », di « un paradigma dell'Italia Repubblicana », per usare delle efficaci espressioni di Daniele Negri a proposito delle figure di Guarneri prima (*Le parti nel processo penale*, 1949) e di Vassalli poi: appunto il processo penale come 'diritto costituzionale applicato', cui si accennava in precedenza.

Le ragioni di un dialogo si radicano allora su questo terreno; nella tutt'altro che ovvia, ma qui realizzata, forse per la prima volta con questa consapevolezza e sistematicità, coscienza che a quelle domande non si da, non si può dare risposta, se non si instaura un fitto e rispettoso dialogo, un "complesso confronto disciplinare".

Michele Pifferi si fa carico di tematizzare e declinare storiograficamente (s)venture e avventure di questo dialogo; e lo fa ricorrendo anch'egli ad una suggestiva quanto precisa periodizzazione dei suoi momenti salienti: « il dialogo mancato o solo indirettamente evocato » dei primi tempi successivi alla caduta del fascismo, « inteso a creare una 'immaginaria' e rassicurante tradizione liberale della cultura giuridica italiana », ma anche quello, speculare, creato attorno al codice del 1988, che attingerebbe ancora « a quella illustre 'memoria' italiana »; per tacere della (mera) inversione del modello e della conseguente « configurazione di una tradizione frenante e negativa, che persiste nell'ostacolare riforme ammodernatici », determinata da « la rabbia, la protesta che segue le demolitrici sentenze della Corte Costituzionale del '92 ». Ma poi « il dialogo ricercato » degli anni '70 (con l'occhio, in particolare, alle monografie di Amodio e Nobili e ai richiami in esse contenuti ai lavori coevi di Tarello e Sbriccoli, critici in relazione alla « narcosi o catalessi culturale » ingenerate dal metodo tecnico-giuridico); il « dialogo sfruttato o d'opportunità » con riferimento ai toni polemici o d'invettiva pubblicistica d'interventi rivolti anche a non giuristi (l'Achille Battaglia del *Processo alla giustizia* del 1954 o il Mereu 'collaboratore critico' dalle colonne del Sole-24 Ore dell'intrapresa codicistica del 1988); per arrivare infine al « dialogo problematico » che caratterizza gli ultimi anni su temi quali la crisi dello stato, la crisi del

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

modello di codice e della legalità processuale, e che vede impegnati con una reciproca attenzione molti degli autori che si trovano a collaborare a questo incontro, come, oltre ai già richiamati, Giorgia Alessi, Claudia Storti, Loredana Garlati, Giovanni Chiodi, Enrico Marzaduri, Giulio Illuminati, Roberto Kostoris e molti altri.

E quando una disciplina, o, come in questo caso entrambe le discipline in contemporanea, avvertono l'esigenza di affrontare in radice il problema della periodizzazione in un quadro di nuova problematizzazione, possiamo essere ragionevolmente sicuri che stanno ponendo le premesse per una fase di sviluppo ricca di promesse e di risultati.

Tanto più ricca, se il rapporto critico ricerca storica *versus* riflessione dell'oggi si imposta con mano sicura secondo coordinate relativizzanti le reciproche certezze, così come da par suo mostra Ennio Amodio nell'intervento significativamente e, staremmo per soggiungere, quasi programmaticamente, intitolato « Verso una storia della giustizia penale moderna e contemporanea »: in particolare, soffermandosi su un suo felice contributo 'onomaturgico', per dirla con Bruno Migliorini, ovvero il conio negli anni Settanta della formula "garantismo inquisitorio" (riferendola al caso italiano tra il 1955 e il 1988), viene sottolineata l'importanza — pur in una con l'esigenza di non negare *in toto* l'utilità della *summa divisio* inquisitorio/accusatorio — dell'impegno ad evitare, come aveva ben visto anche Giorgia Alessi, mitizzazioni e radicalizzazioni fuorvianti, « a superare le visuali manichee che esasperano l'inconciliabilità delle culture e dei modelli dissimili e irrigidiscono la lettura della esperienza processuale di determinati periodi dentro la gabbia di categorie che non ammettono *nuances*. È vero invece che la realtà fa spesso scoprire fenomeni in cui la purezza dell'impronta genetica cede il passo al manifestarsi di incroci tra differenti modi di concepire il processo penale, tanto da esibire vere e proprie forme di ibridazione ».

Proprio a questo proposito — ovvero al tema dell'ibridazione, della (quasi necessaria) 'non purezza' storica delle versioni 'praticate' dei modelli culturali di riferimento; insomma al 'senso' del paradigma che vede il processo penale come 'diritto costituzionale applicato' — un risultato essenziale, e tale da gettare una luce

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

precisa sul complesso dell'intrapresa (in particolare togliendo punti di appoggio ad interpretazioni che vedano nei processi affrontati linee di sviluppo a priori necessitate o, peggio, solo o prevalentemente dettate da attori arroccati nelle loro tradizioni 'particolari'o in malafede), ci pare appunto già raggiunto nelle concise epperò pressoché definitive pagine di Pietro Costa.

Esse non si limitano a insinuare qualche interrogativo 'scomodo' ai sostenitori acritici del modello accusatorio, con precisa relazione alla ultima scansione temporale, quella 'securitaria', individuata da Orlandi: « Se così fosse, il trionfo del modello accusatorio (non solo in Italia) dovrebbe essere messo in rapporto, forse non solo congiunturale, con il diffondersi delle strategie securitarie; e il risultato complessivo sarebbe allora non già la garanzia della libertà di tutti, ma il trattamento differenziato dei soggetti in ragione della loro posizione socialmente centrale o marginale. La situazione odierna sarebbe caratterizzata dalla compresenza di due strategie (modello accusatorio, strategie securitarie) concettualmente incompatibili e tuttavia collegate funzionalmente tra loro ». Anche il peculiare rapporto (sostanzialmente 'agonistico', negozial-privatistico e non cognitivo) con la verità che il modello accusatorio instaura adombra — specialmente negli Stati Uniti, laddove il patteggiamento, il *plea bargaining,* conclude più del 90% dei processi — « una tendenza suscettibile di evolvere verso il compiuto divorzio fra il meccanismo processuale e verità », e quindi di riaffermarsi piuttosto come meccanismo di rafforzamento della discriminazione sociale.

Ma non solo di questo si tratta. Infatti la (migliore) attuazione della Costituzione che l'introduzione del modello accusatorio si può proporre, dovrebbe avvenire nell'ambito del quadro costituzionale medesimo. Ora i presupposti culturali e sociali di quel modello suscitano l'illusione, riferendosi ai diritti dell'individuo, di essere pienamente sovrapponibili all'ethos antistatolatrico e antitotalitario che accomunava i nostri Costituenti, da La Pira a Calamandrei a Basso, che ponendo al centro la persona e i suoi diritti, declassano « gli apparati a semplici strumenti di tutela e di garanzia dei diritti stessi ».

Tuttavia quei presupposti si riferiscono in realtà quasi esclusivamente all'individuo 'spenceriano' quale attore acquisitivo e, appunto, agonista della *competitive market society* (in particolare ame-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ricana tra Otto e Novecento) e non corrispondono affatto compiutamente « all'antropologia politica soggiacente alla costituzione del '48 », che vede invece una « persona che si realizza in connessione e collaborazione con gli altri e conta sull'intervento attivo e promozionale dello Stato, inteso come organo non soltanto terzo e controllore delle regole, ma che agisce al servizio dei diritti », anche in vista di un'eguaglianza non solo formale.

In conclusione due punti fermi di non poco momento sembrano allora potersi raggiungere.

Il primo, la messa in questione — o quantomeno la problematizzazione — dell'affermazione che « la realizzazione del modello accusatorio coincide senza residui con l'attuazione dei principi costituzionali ».

Il secondo, come viene acutamente rilevato da Francesco Palazzo nelle sue conclusioni, non per caso in stretta consonanza con l'analisi costiana, quindi come primo effetto delle 'ragioni di un dialogo' effettivamente praticato, è la constatazione della sussistenza di un rischio grave di raggiungimento del punto di rottura dell'istanza riformistica.

Insomma la possibilità che l'obbiettivo dell'ampliamento della protezione processual-penalistica dei diritti dell'individuo sia paradossalmente compromesso da un eccesso di accelerazione — di 'purezza', si potrebbe anche chiosare — in riferimento ad alcuni dei capisaldi del 'modello' accusatorio stesso: « La parabola ascensionale dei diritti nella struttura del processo rischia però, ad un certo punto, di precipitare a picco se il principio cognitivo dovesse arrendersi senza condizioni a quello dispositivo, superando così la soglia di guardia rappresentata da un ordinamento costituzionale come il nostro, in cui la *verità* non è un valore integralmente disponibile, ma costituisce una componente imprescindibile di una intrinseca eticità della persona ».

Anche solo l'apertura di linee di indagine così affascinanti nella loro prospettiva mostra come la ricerca delle ragioni del dialogo sviluppata a Ferrara abbia condotto, al termine di un lavoro comune, a raggiungere la maturità di quel dialogo 'cercato'.

Allora, al termine di questo percorso così intensamente partecipato, possiamo legittimamente fare nostre, cioè veramente di tutti,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

le belle parole che Ennio Amodio pone a suggello della sua dialogante riflessione.

Infatti risponde certo a verità, e l'incontro ferrarese sta lì ora a dimostrarlo, che « gli studi storici devono insegnarci a scoprire anche gli effetti devianti che possono scaturire dalle riforme virtuose ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

DANIELE NEGRI

AGLI ALBORI DI UN PARADIGMA DELL'ITALIA REPUBBLICANA: IL PROCESSO PENALE COME "DIRITTO COSTITUZIONALE APPLICATO"

1. L'esigenza del dialogo con gli storici del diritto. — 2. Ascendenze, interruzioni, diversioni di un percorso storico. — 3. La riscoperta di un prezioso *Leitmotiv*. — 4. Un protagonista "a tutto tondo": Giuliano Vassalli. — 5. Pericoli e splendori di un paradigma.

1. *L'esigenza del dialogo con gli storici del diritto.*

Il dialogo odierno tra cultori del processo penale e storici del diritto nasce dalla sensazione condivisa di trovarsi di fronte ad una singolare lacuna. Si percepisce all'istante; a guardar meglio, poi, davvero incuriosisce; talvolta — bisogna dire — suscita pure qualche disagio nell'adempimento dei compiti didattici il dover registrare quel vuoto. Non si può negare, insomma, che esista un divario notevole tra il forte impatto esercitato sull'esperienza sia giuridica, sia direttamente sociale dalle peculiari vicende della *Procedura penale*, dipanatesi lungo i decenni dell'Italia repubblicana, e la propensione affatto minore degli studiosi a ricostruirne in maniera critica il recente passato. Converrà chiarire meglio ciò che si valuta carente al riguardo, onde evitare possibili malintesi. Non mancano, anzi si susseguono gli studi in chiave storica attorno ai principi di fondo, agli assetti sistematici e agli istituti più rilevanti del processo penale; a sorprendere, piuttosto, è l'interesse circoscritto sin qui manifestato in letteratura verso le ascendenze storiche, le eredità culturali, le evoluzioni di pensiero caratteristiche della disciplina scientifica in quanto tale, considerata cioè nel momento più intimo della riflessione su se stessa alla luce delle idee dominanti che ha

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

saputo esprimere e coltivare nel periodo successivo al 1948. Detto altrimenti, resta ancora da sottoporre ad osservazione ravvicinata la traiettoria complessiva percorsa dalla scienza e — anche in relazione ai movimenti di quest'ultima — dalla legislazione processuale penale durante le molteplici stagioni della Repubblica. Per spiegare la mancanza appena denunciata si può forse azzardare un'ipotesi iniziale, ossia che la lunga spinta riformatrice culminata con la codificazione del 1987-'89, e poi, ancora, gli alterni scossoni e le ulteriori conquiste che ne vennero (su tutte, la revisione dell'art. 111 Cost. all'insegna del "giusto processo"), abbiano costantemente proiettato in avanti la tensione della comunità scientifica, senza concedere veri momenti di quiete certo più favorevoli alle ricostruzioni di carattere storico. Può anche darsi, però, che fosse ancora prematuro tentare un'operazione intellettuale del genere; che le esperienze sviluppatesi a partire dal secondo dopoguerra, in altre parole, siano apparse finora troppo ravvicinate per consentire il necessario distacco emotivo. Incontri di studio recenti hanno tuttavia mosso le acque in quest'ultima direzione (1), mostrando in modo rimarchevole quanto essa meriti di essere percorsa.

La carenza avvertita all'esordio ha trovato presto conferme tangibili. A scorgere i vuoti sono bastati due brevi incisi negli scritti dello storico Mario Sbriccoli. Nel concludere il saggio dedicato alla "penalistica civile", l'autore registrava con palese disappunto la « lunga stagione di silenzi » calata sul problema del « permanente conflitto » tra il codice penale del fascismo e gli orientamenti penalistici maturati sin dagli anni Sessanta del secolo scorso (2). Proprio al termine di quel lavoro, egli riusciva però ad imprimere un moto d'ottimismo alle pagine appena scritte grazie alla seguente considerazione testuale: « Anche se non posso fare a meno di annotare che oggi, 25 ottobre 1989, […] vige da poche ore il nuovo codice di procedura penale, il primo che la Repubblica sia stata capace di darsi in quasi cinquant'anni » (3). La chiusa genera nel lettore un effetto di lieve straniamento: dei filoni di pensiero postunitari sul giure penale, difatti, l'intero saggio privilegia l'atteggia-

(1) Se ne possono leggere gli atti in Garlati 2010; Miletti, 2006.
(2) Sbriccoli 2009, p. 590.
(3) Sbriccoli 2009, p. 590.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mento verso le questioni che diremmo "di diritto sostanziale"; non trascura bensì di accennare all'interesse dei protagonisti via via considerati per il « problema del processo » o le « garanzie processuali », nondimeno simili aspetti restano sottotraccia (4): come un fiume carsico, affiorano di tanto in tanto; si lascia comprendere con maestria che meriterebbero ben altri sondaggi, ma a premere sono le correnti del fiume principale. Eppure è proprio la squillata finale, che saluta l'approdo di quel percorso secondario all'unico codice repubblicano (almeno tra i fondamentali), a svelare tutta l'urgenza di risalire — per dirla con un altro storico del diritto, Paolo Cappellini — all'« altra » storia « 'mancata' o 'possibile' » (5): quella degli approcci culturali e metodologici, persino degli stili con cui la *processualistica* italiana (coincisa per molto tempo con la *penalistica tout court*) ha posto e affrontato i grandi temi suoi propri.

Il secondo segnale, dovuto allo stesso Sbriccoli, è una di quelle apparenti minuzie che racchiudono in sé, e sono perciò capaci di spalancare alla ricerca tutto un mondo. Una decina d'anni dopo lo scritto appena ricordato, tornando ad occuparsi del sistema penale italiano nel saggio sui "Caratteri originari e tratti permanenti", lo studioso criticava l'inadeguatezza metodologica del genere letterario rappresentato dalle « *Premesse storiche*, con le quali ancora oggi si continua ad ornare i manuali di diritto penale » (6). Soltanto in nota, e in punta di penna, il rilievo cruciale sullo stato in cui versavano le omologhe trattazioni della disciplina consorella: « nulla, significativamente, nei manuali di procedura penale » (7). Una scienza giuridica che non ha sentito il bisogno di dare spazio stabile agli aspetti salienti della propria evoluzione storica nel principale strumento di formazione universitaria (fatte salve la peculiare sensibilità per il tema di Franco Cordero; nonché, più di recente, le belle sintesi ragionate di Mario Chiavario e di Paolo Tonini (8)), è dunque riuscita a tradurre in diritto positivo il proprio disegno di riforma e ad imporre una precisa concezione di fondo alla procedura penale

(4) Sbriccoli 2009, p. 500, 540.
(5) Cappellini 2010, p. 29.
(6) Sbriccoli 2009, p. 604-605.
(7) Sbriccoli 2009, p. 605, nota 25.
(8) Chiavario 2009, p. 31 ss.; Tonini 2010, p. 28 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

regolata dal "nuovo" codice. Segno inequivoco — mi pare — del fatto che radici storiche, tradizioni ideali, modelli teorici e presupposti scientifici di un itinerario tanto fruttuoso, ben saldi nella coscienza dei maestri, attendono soltanto di essere rivisitati.

2. *Ascendenze, interruzioni, diversioni di un percorso storico.*

Le linee percorribili, molteplici e irriducibili ad unità, emergeranno certamente dai singoli contributi del nostro colloquio. Volendo fornire una chiave d'apertura, diremo che esse trovano una sicura sintesi testuale già nel preambolo anteposto alla serie di specifiche direttive cui il codice di rito si sarebbe dovuto uniformare, secondo la legge-delega n. 81 del 1987. Lì confluiscono, sintatticamente disgiunti ma idealmente correlati, i due motivi conduttori a lungo dominanti nella realtà storica vissuta dalla *Procedura penale* dell'Italia repubblicana: alla riforma si affidava, da un lato, il compito di « attuare i principi della Costituzione » e di « adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali » relative ai « diritti della persona »; dall'altro, quello di « attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio » in base ai criteri successivamente enumerati. Il nostro seminario mira ad approfondire in particolare il primo filone, a rivisitare con attento sguardo storico una parabola normativa che, vista complessivamente, ha senza dubbio portato — si può anticipare sin d'ora — a piena valorizzazione ed espansione i "diritti individuali" nella esperienza processuale del secondo dopoguerra: con brusche frenate, però, e coraggiose ripartenze (emblematiche le vicende del contraddittorio nella formazione della prova); qualche penombra che ancora offusca i principi vitali della materia (ad esempio: presunzione di non colpevolezza o — *tout court* — d'innocenza?); cadute rovinose (la legislazione emergenziale degli anni Settanta e la stagione di "mani pulite" nei Novanta) e più insidiose derive antigarantiste (la retorica securitaria dell'ultimissimo periodo, non di rado ammantata di considerazione per il ruolo della vittima del reato). Quanto l'effettività delle garanzie per l'imputato dipenda dalle matrici ideologiche del codice e il tema dei "diritti individuali" si leghi perciò al discorso sulla riforma in senso accusatorio del processo, uscirà chiaro una volta di più dalla relazione d'apertura di Renzo Orlandi: è forse il cuore di tutto il nostro ragionamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Mi preme allora toccare qualche altro possibile nodo del dibattito, stringendolo al titolo dell'incontro. La prospettiva dei diritti individuali nel processo penale è chiaramente imposta dalla Costituzione repubblicana; resta però da vedere *come*: il modo d'intendere quel vincolo, ma prima ancora la scoperta e la progressiva consapevolezza delle sue potenzialità, aprono già lo spazio di una storia feconda. Un saggio recente di Giulio Illuminati, dedicato al tema "Costituzione e processo penale", riprende in merito un'immagine carica di significati ideali: il processo penale — si ribadisce — è « diritto costituzionale applicato », nel senso che « la sua funzione — anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza — [*è*] quella di garantire i diritti individuali, che nella Costituzione trovano il loro principale riconoscimento » (9). Chi agita quel costrutto — col quale, per formazione, mi trovo in sintonia — evoca immediatamente una genealogia di pensiero, sulla *Procedura penale*, penetrata a fondo nelle solenni dichiarazioni internazionali sui diritti umani e nelle Costituzioni di carattere rigido dell'ultimo dopoguerra. Se è vero — come ammoniva Sbriccoli — che le sequele rischiano di isterilire la complessità degli orientamenti in banale stereotipo (10), quella proposta di seguito sarà tuttavia almeno utile a fornire un primo schizzo del percorso storico che si raddensa nella formula preziosa del processo penale come "diritto costituzionale applicato". Essa vanta nobili ascendenze nella polemica illuminista; trova solide basi nella concezione carrariana del rito penale come « salvaguardia dei galantuomini » (11); si approssima all'odierna versione del paradigma grazie alla « *penalistica costituzionale* » (12), a cavaliere tra XIX e XX secolo, quando Luigi Lucchini, figura esponenziale di quell'orientamento dottrinale, chiama all'appello gli « insigni Criminalisti » che più hanno insistito sul rapporto di corrispondenza tra costituzione politica dello Stato e forme processuali (Pagano, Mit-

(9) ILLUMINATI 2008, p. 522. Ma v. già, nello stesso senso, le sottolineature di PISANI 1988, p. 24, nell'ambito di un saggio ricco di riferimenti sulla storia e i valori della materia.

(10) SBRICCOLI 2009, p. 606.

(11) CARRARA 1903, p. 27.

(12) La categoria si deve a LACCHÈ 2007, p. 667, ad indicare la « peculiare costruzione di una dottrina generale del "giure penale" in una prospettiva genuinamente liberale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

termaier, Carmignani) (13), così riassumendo la questione in una sintesi espressiva essenziale ai nostri fini: la disciplina del processo penale — recita l'adagio, poi, echeggiato mille volte — costituisce « l'indice più sicuro » per misurare il « grado di civiltà e di politica libertà di un popolo » (14).

Poniamoci ora in un punto d'osservazione privilegiato, allo scopo di comprendere in quale modo la linea di pensiero appena tracciata s'inabisserà durante il periodo fascista per poi riemergere timidamente dopo la Costituzione repubblicana, irrobustendosi via via sino a divenire paradigma dominante nella dottrina dalla seconda metà degli anni Sessanta. Essa venne da un lato interrotta per negazione; dall'altro superata in senso autoritario tramite adesione al suo primo postulato: il riconoscimento di dignità politica al diritto processuale penale. Due autori e altrettanti contributi esemplificano al meglio i diversi atteggiamenti in campo, entrambi tuttavia solidali all'ideologia del regime: le prolusioni romane di Alfredo De Marsico (1941) e di Filippo Grispigni (1942). Il primo esordisce riaffermando la « rispondenza fra leggi e processo penale », ritenuta « così intima e costante che, rinnovate largamente le prime, il secondo non sarebbe potuto rimanere nei vecchi schemi; e perché il rapporto tra individuo e costituzione, asse intorno a cui le rivoluzioni si svolgono, ha nel diritto processuale anche più ampie possibilità di pratiche manifestazioni che nel diritto penale » (15). Grispigni rivendica invece l'autonomia della dogmatica (i « principii […] intangibili della coscienza giuridica ») dalla concezione politica dominante, criticando l'« ardore iconoclastico » cresciuto in Germania contro le dottrine processuali di fine Ottocento quale reazione al regime liberale che ne aveva favorito l'elaborazione: « Che per l'interpretazione del diritto costituito si debba tener conto del regime politico, è superfluo dire, specie quando si tratti di un ramo del diritto pubblico come quello processuale penale. Ma quello che vorrei mettere in rilievo è che quando si vuole determinare il miglior

(13) Lucchini 1878, p. 7 e 24.

(14) Lucchini 1899, p. 7. La formula verrà ricalcata da Cordero, sin dalla prima edizione della sua *Procedura penale* (1966), p. 17; nell'attuale versione del manuale non sono invece riuscito a ritrovarla.

(15) De Marsico 1951, p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ordinamento da dare al processo, unico criterio deve essere quello *tecnico-scientifico* » (16).

3. *La riscoperta di un prezioso* Leitmotiv.

Si annuncia assai interessante l'indagine su continuità e cesure nel metodo anche della scienza processuale penale, all'uscita dalla « *linea d'ombra* che separa la caduta del fascismo dalla nascita della Repubblica e della Costituzione » (17). Selezionando molto e arbitrariamente, subito a ridosso di quel mutamento epocale troviamo corrispondenze con i due filoni appena rammentati (per dir così, il "politico-costituzionale" e il "tecnico-giuridico") rispettivamente in Giuseppe Guarneri e Giovanni Leone. Di quest'ultimo, il cui ruolo a partire dall'assemblea costituente è risaputo, anche se meritevole di attenta rivisitazione, mi limito a ricordare la ribadita fedeltà alla teoria del rapporto giuridico processuale, alla quale rivendicherà « la funzione di essere stata una delle più difese trincee contro lo sgretolamento dei canoni tradizionali del diritto processuale » (18). Pur tra molte ambiguità irrisolte e sincretismi, talora rinnegando posizioni espresse nelle opere precedenti, altrove cercando di conciliare ideologie irriducibili, la monografia di Guarneri su "Le parti nel processo penale" (si badi: 1949) si segnala invece forse come il primo, consapevole ed organico tentativo di trarre conseguenze per la posizione giuridica dei protagonisti processuali, e dell'imputato in particolare, dai principi della Costituzione appena entrata in vigore. Nella stessa prefazione, dopo l'iniziale, cupo riferimento alla necessità di accertare finanche le particolarità di indole « eredobiologica » dell'imputato (19), il tono cambia inaspettatamente e inneggia all'« impetuoso ritorno ai principi di libertà »; si enuncia così la svolta di metodo: la ricerca dovrà « valutare non soltanto il diritto vigente, ma anche il diritto in formazione preannunciato e precorso da una costituzione largamente innovatrice, giusta i principi democratici cui si ispira »; segnatamente, occorrerà « vedere in quale

(16) Grispigni 1943, p. 151.
(17) Lacchè 2010, p. 271.
(18) Leone 1961, p. 218.
(19) Guarneri 1949, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

modo siano attuate le garanzie dei supremi beni dell'uomo e del cittadino quali la vita, la libertà, l'onore e il patrimonio messi in pericolo dal processo », essendo evidente — ecco il ritorno della formula, tante volte ripetuta prima d'allora, dagli Illuministi a Lucchini — che « le forme del processo penale stanno in strettissimo rapporto con la libertà civile in quanto perennemente dipendono dalla posizione giuridica che viene riconosciuta al cittadino di fronte alla comunità » (20). Più chiaro ancora, nel corso dell'opera, l'abbandono delle concezioni tipiche del *Rechtsstaat* liberale e prussiano, che tanta influenza esercitarono sui processualisti dal secondo Ottocento, sin dentro il periodo fascista, grazie alla teoria dei diritti pubblici soggettivi, dell'autolimitazione dello Stato, dei diritti individuali come diritti "riflessi" (21). Guarneri risale alla *Dichiarazione* dell'89 e la congiunge idealmente alla Costituzione italiana del 1948: « Il confine controverso da quando esiste una società civile, fra lo Stato e l'individuo, viene così segnato da quest'ultimo con la determinazione di una zona intangibile riservata del tutto alla sua libertà. Tale il significato della costituzione della Repubblica ». E nel passaggio immediatamente successivo sono già perfettamente anticipati e accomunati gli scopi che quarant'anni dopo ritroveremo assegnati dalla legge-delega al codice del 1988-'89: « con questo atto solenne » — la Costituzione, per l'appunto — « il principio accusatorio con la connessa esaltazione dei diritti dell'imputato, ha ottenuto significativi, augusti riconoscimenti »; poco più oltre, il messaggio finale: « L'avvenire del processo italiano quale voluto dalla nostra costituzione, appartiene ad una sempre più intensa e piena attuazione del principio accusatorio » (22).

L'ampio studio di Guarneri spicca tanto più in un panorama di opere istituzionali alquanto restio nel primo decennio repubblicano a introdurre l'argomento dei principi costituzionali e a riconoscerne il fondamentale significato per il processo penale (23). Un rapido

---

(20) GUARNERI 1949, p. 7.

(21) Su questi aspetti, in chiave storica generale, v. COSTA 2002, p. 111 ss.; con specifico riguardo all'influsso sulla teoria generale del processo, v. TARELLO 1989, p. 23 ss.

(22) GUARNERI 1949, p. 174, 176.

(23) Un discorso diverso andrebbe probabilmente tenuto sugli scritti "minori", come le note a sentenza: Claudia Storti ricorda, ad esempio, il Nuvolone dei "*Diritti e*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

sondaggio nelle edizioni dei principali manuali e trattati usciti in quel tornante di tempo potrà restituire il clima generale tra gli accademici affermati. Istruttivo in proposito è il passaggio dalle *Istituzioni* (1948) al *Manuale* (1956) di Ranieri. Nelle prime l'autore allude ad un imputato la cui posizione « è diversa […] da quella del pubblico ministero, pure rispetto al quale viene a trovarsi su di un piano inferiore » (24); nella successiva stesura del manuale viene semplicemente aggiunto a quella considerazione un periodo introdotto da congiunzione avversativa-limitativa: « Tuttavia, non potendo essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva (art. 27 Cost.) non deve essere sottoposto nel corso del processo a provvedimenti di eccessivo rigore per la determinazione della prova e incompatibili con il suddetto principio costituzionale » (25): passaggio, quest'ultimo, dove manca qualunque impegno a specificare il tipo di provvedimenti vietati.

Mentre verso il diritto inviolabile di difesa si riscontrano atteggiamenti di maggiore apertura, probabilmente spiegabili con l'avvertita adattabilità di quella situazione giuridica anche ai modi di un inquisitorio temperato ("garantito", appunto, come lo definirà Ennio Amodio (26)), un'autentica reazione investe il precetto sopraordinato che vieta di considerare colpevole l'imputato sino a condanna definitiva: la posta in gioco, sul piano dei valori politici, è qui altissima. Vannini (*Manuale*, 1952), ad esempio, dapprima irride la superfluità della formula testualmente intesa, poi suggerisce malizioso, per stroncare, sarcastico, l'altro possibile significato: « Forse la norma costituzionale vuol dire che l'imputato deve praticamente presumersi innocente fino alla sentenza irrevocabile? E allora, sempre praticamente, addio custodia preventiva, addio istruttoria, addio tutto. Ma intesa in questo senso, poiché custodia preventiva, misure coercitive etc. non potranno non rimanere, la norma dell'art. 27 della Costituzione sarebbe destinata a risolvere in una delle tante forme sentimentali di istintiva ipocrisia che distinguono l'uomo dagli

---

interessi dell'imputato", anno 1945, immerso nel vorticoso cambiamento di rapporti tra Stato e cittadino (Storti 2010, p. 139).

(24) Ranieri 1948, p. 170.

(25) Ranieri 1956, p. 211.

(26) Amodio 1977, p. 182.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

animali inferiori » (27). Gli argomenti al riguardo di Vincenzo Manzini (ancora nella quinta edizione del *Trattato*, 1956), tra denuncia del paradosso e riferimenti speciosi al concetto civilistico di presunzione, sono del resto assai noti (28). E lo stesso tempestivo *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi (1950), affida a Frosali la voce *Giustizia penale*, il quale chiosa energico che « il principio della presunzione di innocenza dell'imputato è ormai dalla migliore dottrina, e dallo spirito della nostra legge, ripudiato. Onde opportunamente la nostra carta costituzionale accoglie invece la formula negativa di *non presunzione di colpevolezza* » (29).

L'eccezione proviene da Girolamo Bellavista, assai lucido nel programmare, prima, e attuare, poi, un riesame delle dottrine generali che « non trascuri » il nuovo « fattore politico » rappresentato dai « principi informatori della Costituzione della Repubblica in materia processuale » (così, nello scritto *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, del 1951) (30). Nelle sue *Lezioni* (1956) contesterà proprio la posizione di Frosali, sottolineando « la forza etico-giuridica del principio » contenuto nel primo capoverso dell'art. 27 Cost.: « Apprendere il principio nel pieno della sua forza costituzionale vincolante la legislazione sott'ordinata, significa spianare il cammino all'esegeta nell'interpretazione di varie norme relative alla carcerazione preventiva, ed indica al legislatore la via da seguire nella riforma degli istituti che col detto principio hanno diretta o mediata relazione » (31).

Lo scenario complessivo dei testi universitari si mantiene tuttavia piuttosto fermo, tanto che, ancora a metà degli anni Settanta, Massimo Nobili segnalerà questa « pericolosa lacuna dei manuali » al fine di intraprendere forse per primo, nella didattica, un'analisi del processo penale "integrata" con la disciplina costituzione (donde il titolo, emblematico, del volume che raccolse l'esperienza di quel

(27) Vannini 1952, p. 64.
(28) Manzini 1956, p. 200 ss.
(29) Frosali 1950, p. 235.
(30) Bellavista 1952, p. 108.
(31) Bellavista 1956, p. 116.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

corso: *La disciplina costituzionale del processo*) (32). Non senza avere rammentato, come esempio di rottura della tradizione da non trascurare, le eccezioni di Giovanni Conso (*Istituzioni*, 1964) (33) e di Gian Domenico Pisapia (*Appunti*, 1971); significativamente quest'ultimo, futuro "padre" della riforma processuale, esordisce secondo lo stile più volte qui indicato a cifra dell'approccio costituzionalistico verso il processo: « È stato giustamente detto che il grado di civiltà di un popolo si misura soprattutto dal modo con cui sono salvaguardati i diritti e le libertà dell'imputato nel processo penale… » (34).

4. *Un protagonista "a tutto tondo": Giuliano Vassalli.*

Un capitolo a parte di questo progressivo interesse della dottrina per la Costituzione merita la figura "a tutto tondo" di Giuliano Vassalli (35). Bisognerà scavare, cogliere appieno le relazioni con quanto a livello scientifico gli stava intorno, ma una disamina anche solo superficiale dei suoi scritti di argomento processuale dopo il 1948 sembra condurre diritti ad una conclusione perentoria: con Vassalli l'approccio costituzionalistico al diritto processuale penale nasce maturo; possiede già, alle soglie degli anni Cinquanta, lo stile che s'imporrà tra gli studiosi della nostra materia nella seconda metà dei successivi Sessanta. Tanto da non rendere ozioso chiedersi se davvero non sia lui il capostipite di quel filone di pensiero che —

---

(32) Nobili 1976, p. 51.

(33) Conso 1964, p. 16, il quale esordisce sottolineando come siano molte « le disposizioni di rilievo processuale racchiuse nella Costituzione », ma circondate da « incertezze e difficoltà inerenti all'esatta individuazione » della loro « portata ».

(34) Pisapia 1971, p. 3. Aggiungerei ai due manuali appena citati, anche quello di Bettiol 1966, p. 179, non a caso concepito per gli studenti del corso di scienze politiche, il quale dimostra una spiccata sensibilità per il tema nell'affermare come non esista « materia o settore giuridico che sia tanto intimamente legato alle supreme esigenze costituzionali » quanto il diritto processuale penale. Difatti, « un codice di procedura penale che non trovi il suo fondamento razionale, politico e giuridico nelle articolazioni di una Costituzione che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" (art. 2 Cost.) si trova esposto a tutte le possibili riforme legate a maggioranze politico-parlamentari occasionali, con grave pregiudizio delle pubbliche e private libertà ».

(35) Ci aiuteranno a tratteggiarne il percorso le pagine ultime a lui dedicate da Francesco Palazzo (Palazzo 2010, p. XVII ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

volendo scegliere un'etichetta — definiremmo "processualistica costituzionale repubblicana", ben al di là della sua partecipazione alle commissioni di riforma legislativa e del ruolo strategico avuto da ministro della giustizia nel varo del "nuovo" codice. È un'ipotesi meritevole di seria verifica. Certo, degli innumerevoli scritti subito successivi alla Costituzione, colpiscono anche soltanto i titoli, tutti perfettamente in linea con un programma riformatore il cui contenuto rispecchia in ogni singolo aspetto e nell'insieme l'imperativo — per noi, immaginario ideologico e *logos* interpretativo — del processo penale come "diritto costituzionale applicato": « *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale* » (datato 1950, ma riproduttivo di una relazione tenuta l'anno prima) è un esordio immerso nel clima garantista suscitato dalle Carte internazionali (36); « *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale* » (1952) si inserisce nel dibattito incipiente sulle riforme legislative con una precisa chiave di lettura: tramite il riconoscimento di valore precettivo all'art. 24 comma 2 Cost. « viene ad accrescersi e ad approfondirsi sin dalla fase del procedimento quella *tutela dell'innocente* che è uno dei fili conduttori ed ispiratori della riforma processuale penale attuata dalla costituzione repubblicana » (37); « *La riforma della custodia preventiva* » (1954) si serve dei riferimenti storici e comparatistici per declinare le tre funzioni affidate decenni dopo ai provvedimenti *de libertate* dal codice di rito attuale (38); « *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali* » (1957) si propone di elaborare e dare sostanza anche pratica ai diritti di libertà, sino ad allora oggetto di elencazione sommariamente illustrativa nella giuspubblicistica (39); « *Il diritto alla libertà morale* » (1960) e « *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica* » (1962) costruiscono il solido retroterra scientifico dell'odierna disposizione codicistica che vieta espressamente di influire a scopo probatorio sull'autodeterminazione della persona (40); « *Il diritto alla prova nel processo penale* » (1967) sarà ripreso infinite volte dalla nostra dottrina per quell'im-

(36) VASSALLI 1997, p. 17 ss.
(37) VASSALLI 1997, p. 64.
(38) VASSALLI 1997, p. 89 ss.
(39) VASSALLI 1997, p. 178 ss.
(40) VASSALLI 1997, p. 253 ss. e 339 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

magine dinamica che spalanca orizzonti vastissimi, sino a propiziare l'introduzione della disciplina delle investigazioni difensive e proiettandosi anche oltre: il « *diritto di difendersi provando* » (41).

Se è vero — come sostiene Oliviero Mazza — che negli anni della commissione ministeriale guidata da Francesco Carnelutti (1962) « non era ancora diffusa l'esatta percezione della diversa prospettiva costituzionale ed europea in cui avrebbero dovuto essere inquadrate le questioni di procedura penale » (42), tanto da potersi dubitare che la scelta del grande maestro per il modello accusatorio rispecchiasse consapevolmente quelle istanze e non fosse piuttosto il frutto di una elaborazione sistematica personale di derivazione civilistica (43), nondimeno va pure riconosciuto che Vassalli, deuteragonista in quell'esperienza, aveva già allora inaugurato il nuovo metodo della scienza processuale penale. La Costituzione e le Carte internazionali dei diritti non hanno per lui funzione ornamentale, né le norme dettate dalla prima si riducono a mero parametro di legittimità della fonte ordinaria, ma i valori lì espressi assumono il ruolo positivo di fondamento delle opzioni sistematiche. Sin dal 1949 egli pone l'interrogativo cruciale, destinato a contraddistinguere l'intero percorso storico repubblicano: « *come assicurare il rispetto dei diritti dell'uomo nel processo penale?* »; e comincia a sviluppare la trama di relazioni che ne discendono: « I problemi del contraddittorio, del dibattimento, dell'oralità, della pubblicità del giudizio, […] le garanzie dei procedimenti in contumacia, la necessità o meno di una istruttoria prima del giudizio, […] quelli relativi alla coercizione processuale personale e reale » (44).

Del resto le pagine del maestro sono ricchissime di richiami ai congressi internazionali, nei quali, subito dopo la caduta dei regimi autoritari, si era ricominciato a dibattere sulle questioni processuali più urgenti nel nuovo clima democratico (garanzie della difesa, abusi della custodia preventiva). Particolare attenzione viene dedicata da Vassalli alla esperienza dell'ordinamento tedesco, parallela a quella italiana nell'uscita dalla dittatura e tanto più significativa in quanto

(41) Vassalli 1997, p. 455.
(42) Mazza 2010, p. 158.
(43) Nobili 1998, p. 70.
(44) Vassalli 1997, p. 28-29.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

caratterizzata da una tradizione giuridica assai influente sui nostri processualisti. Essa si stava giusto allora affrancando dai deliri iconoclasti della "*Auflockerung*", il principio riformatore del periodo nazista secondo cui si sarebbero dovute rendere elastiche, flessibili le forme del processo penale, riducendo al minimo indispensabile i freni, le preclusioni e gli ostacoli all'attività del giudice allo scopo di ricercare la verità e raggiungere così la giustizia materiale (Schäfer, Dahm, Freisler, Siegert). Coglie nel segno Francesco Palazzo, quando rammenta il vibrante richiamo di Vassalli ad uno dei primi contributi di denuncia, nella dottrina tedesca, dei pervertimenti subiti dalla legislazione processuale penale durante il regime totalitario: Niethammer (1949) aveva stigmatizzato il costo umano, in termini di condanne a morte, riconducibile al semplice rovesciamento del criterio di ammissione della prova, non più considerata come un diritto ma lasciata all'arbitrio del giudice (45). Dentro questi riferimenti, anche normativi, è già presente *in nuce* — si può dire — la regola di favore per il diritto alla prova delle parti sancita dall'attuale art. 190 c.p.p.

5. *Pericoli e splendori di un paradigma.*

Ancora una volta, dunque, torna a farsi sentire con prepotenza il rapporto tra organizzazione del processo e *Weltanschauung*; argomento a doppio taglio, ovviamente, poiché a seconda della visione politica dello Stato — liberale, democratica o autoritaria — ne avremo l'esaltazione del processo di parti (Goldschmidt (46)) e l'idea che il codice di rito penale rappresenti la "*Magna Charta*" dell'individuo (l'espressione si trova ribadita in Beling, ancora alla fine del secondo decennio del Novecento (47)), oppure all'opposto una concezione transpersonalistica della giustizia penale, nemica del contraddittorio. Paradigmatico è l'uso storicamente riscontrabile in entrambi i sensi dell'espressione lessicale che, pure, oggi coltiviamo così gelosamente nell'ottica di tutela dei diritti individuali; la testuale affermazione se-

(45) NIETHAMMER 1947, p. 35.

(46) GOLDSCHMIDT 1962, p. V della prefazione, dove confida al lettore che, nello scrivere la sua opera, la critica della teoria processuale gli è divenuta tra le mani una critica del pensiero politico.

(47) BELING 1928, p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

condo cui il processo penale è diritto costituzionale applicato (« angewandtes Verfassungsrecht »), infatti, si ritrova tanto in coloro che sostennero come il processo dovesse servire nel modo migliore agli scopi più alti del popolo e dello Stato (48), quanto in chi, riconquistata la democrazia, non esitò ad ancorare il diritto processuale penale alle superiori garanzie costituzionali della libertà personale, evidenziandone il legame con il nocciolo materiale delle *Grundnormen* ancor più immediato di quello proprio del diritto penale sostanziale, vista l'umana concretezza della vicenda che forma oggetto del processo (49).

Dopo la Costituzione repubblicana sarà arduo sottrarsi al vincolo dei principi (di autentica « tirannia » parla Massimo Donini, nella sua *Teoria del reato* (50)), ora non più semplicemente intesi in senso logico-formale, quale risultato di un procedimento di astrazione dalle singole norme o dal sistema di diritto positivo, ma nella loro accezione politica di valori — specialmente orientati alla tutela dell'individuo — ai quali la legislazione processuale si sarebbe dovuta uniformare. Rammenterei, ad apertura di un'indagine meritevole di ben altri sviluppi, almeno due tra i luoghi più sintomatici — uno addirittura vitale per l'architettura del codice del 1988-'89 — del bisticcio tra vecchia e nuova cultura del metodo. Il primo — sin troppo noto — è la vicenda contrassegnata dalle sentenze della Corte costituzionale del 1992, tutte giocate sul registro di una pretesa coesistenza tra due principi in materia di prova, entrambi espressi dalla « volontà del legislatore ordinario »: quello « ispiratore » dell'oralità e l'altro, anch'esso ricavabile dal sistema, di « non dispersione della prova ». Servirà la revisione dell'art. 111 Cost. per far prevalere infine la logica "forte" del contraddittorio. Il secondo esempio significativo, più recente, si deve alla sentenza n. 317 del 2009 dello stesso giudice delle leggi, a proposito della restituzione nel termine per impugnare la sentenza da concedersi al contumace il cui difensore avesse in sua assenza già coltivato ed esaurito i rimedi di grado ulteriore. La Corte muove dall'idea che il confronto tra tutela assicurata all'accusato dalla Convenzione europea dei diritti umani e tutela costituzionale dei diritti fondamentali debba essere

(48) Henkel 1953, p. 98.
(49) Sax 1959, p. 966-967.
(50) Donini 1999, p. 230.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

effettuato « mirando alla massima espansione delle garanzie ». Su questa base, ritiene che non possano essere tratte conclusioni limitative di un diritto fondamentale — nel caso di specie, quello alla presenza personale dell'imputato al giudizio, tramite l'accesso ai mezzi di gravame — da un insieme di principi che, pure, rappresentino il frutto di una sedimentata tradizione dogmatica e normativa, quali la unicità del diritto di impugnazione e il divieto di *bis in idem*. Sulla pretesa necessità di rispettare tali assiomi, per l'appunto, si era basato il "diritto vivente" espresso dalla giurisprudenza di legittimità, allo scopo di negare al condannato in contumacia la *chance* dell'impugnazione personale. Una soluzione, questa, che la Corte costituzionale censura, dopo avere affrontato in motivazione il passaggio essenziale per dirimere il conflitto tra "principi" d'ordine diverso: « considerazioni di astratta coerenza formale » del sistema processuale non possono esimere il giudice delle leggi dall'intervento a « tutela dei diritti fondamentali » dell'imputato.

Volendo trarre le fila del nostro discorso, ciò significa che le costruzioni dogmatiche e gli assetti conferiti dal legislatore al codice di rito, quantunque riflettano caratteristiche profondamente connaturate al fenomeno del processo penale, vanno pur sempre commisurati al *dover essere* di quest'ultimo, rappresentato dal paradigma del "diritto costituzionale applicato".

Riferimenti bibliografici

AMODIO E. (1977), *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, p. 181-257.

BELING E. (1928), *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, Berlin: de Gruyter.

BELLAVISTA G. (1952), *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi sul processo penale*, I, Milano: Giuffrè, p. 83-112.

BELLAVISTA G. (1956), *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè.

BETTIOL G. (1966), *Istituzioni di diritto e procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti di scienze politiche*, Padova: Cedam.

CAPPELLINI P. (2010), *'Inconscio inquisitorio' e regimi autoritari: un collegamento necessario?*, in GARLATI (2010), p. 23-42.

CARRARA F. (1903)[4], *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, Lucca: Giusti, p. 11-50.

CHIAVARIO M. (2009)[4], *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino: Utet.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CONSO G. (1964), *Istituzioni di diritto e procedura penale*, II-*Procedura penale*, Milano: Giuffrè.
CORDERO F. (1966), *Procedura penale*, Milano: Giuffrè.
COSTA P. (2002), *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano: Feltrinelli, p. 89-170.
DE MARSICO A. (1951), *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, in *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli: ESI, p. 71-102.
DONINI M. (1999), *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino: Utet, p. 221-298.
FROSALI R. A. (1950), *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze: G. Barbera, p. 217-246.
GARLATI L. (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.
GOLDSCHMIDT J. (1962), *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens* (1925), Aalen: Scientia.
GRISPIGNI F. (1943), *La scienza processuale penale e i suoi problemi attuali*, in *Riv. pen.*, p. 149-160.
GUARNERI G. (1949), *Le parti nel processo penale*, Milano: Bocca.
HENKEL H. (1953), *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart; Köln: Kohlhammer.
ILLUMINATI G. (2008), *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, p. 521-528.
LACCHÈ L. (2007), *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini*, 36, p. 663-695.
LACCHÈ L. (2010), *"Sistemare il terreno e sgombrare le macerie". Gli anni della 'Costituzione provvisoria' : alle origini del* discorso *sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale* (1943-1947), in GARLATI (2010), p. 271-304.
LEONE G. (1961), *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli: Jovene.
LUCCHINI L. (1878), *Della dignità politica del diritto penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale*, Siena: Tip. Sordo-Muti di L. Lazzeri
LUCCHINI L. (1899)^{2}, *Elementi di procedura penale,* Firenze: G. Barbera.
MANZINI V. (1956)^{5}, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino: Utet.
MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in GARLATI (2010), p. 153-166.
NIETHAMMER E. (1947), *Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren*, in *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin: de Gruyter, p. 26-43.
NOBILI M. (1976), *La disciplina costituzionale del processo*, I, Bologna: Lorenzini.
NOBILI M. (1998), *Time Danaos: risalenti profezie* (1992), in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova: Cedam, p. 68-80.
PALAZZO F. (2010), *Giuliano Vassalli: perché legge e giustizia penale non si*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

separino, in *Giuliano Vassalli*, a cura del medesimo, Bari: Laterza, p. IX-XXVI.

Pisani M., *"Procedura" e "valori" nell'insegnamento del diritto processuale penale* (1970), in *Introduzione al processo penale*, Milano: Giuffrè, p. 19-29.

Pisapia G.D. (1971), *Appunti di procedura penale*, Milano: La Goliardica.

Ranieri S. (1948), *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano: Casa ed. Ambrosiana.

Ranieri S. (1956)[2], *Manuale di diritto processuale penale*, Padova: Cedam.

Riti, tecniche, interessi: il processo penale tra Otto e Novecento (2006), a cura di M. N. Miletti, Milano: Giuffrè.

Sax W. (1959), *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, a cura di K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey e U. Scheuner, III, t. 2, Berlin: Duncker & Humblot, p. 909-1014.

Sbriccoli M. (2009), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (1998), in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano: Giuffrè, p. 493-590.

Sbriccoli M. (2009), *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), in *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 493-590.

Storti C. (2010), *"L'acuta tesi della difesa". Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della sentenza istruttoria*, in Garlati (2010), p. 111-151.

Tarello G. (1989), *Dottrine del processo civile*, Bologna: Il Mulino.

Tonini P. (2010)[11], *Manuale di procedura penale*, Milano: Giuffrè.

Vannini O. (1952), *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano: Giuffrè.

Vassalli G. (1997), *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale* (1950), in *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano: Giuffrè, p. 17-30.

Vassalli G. (1997), *Il diritto alla libertà morale* (1960), in *Scritti giuridici*, cit., p. 253-358.

Vassalli G. (1997), *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Scritti giuridici*, cit., p. 445-506.

Vassalli G. (1997), *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali* (1957), in *Scritti giuridici*, cit., p. 177-242.

Vassalli G. (1997), *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica* (1962), in *Scritti giuridici*, cit., p. 359-387.

Vassalli G. (1997), *La riforma della custodia preventiva* (1954), in *Scritti giuridici*, cit., p. 75-157.

Vassalli G. (1997), *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale* (1952), in *Scritti giuridici*, cit., p. 45-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

MICHELE PIFFERI

LE RAGIONI DI UN DIALOGO. QUALCHE RIFLESSIONE SULLE ALTERNE VICENDE DI UN COMPLESSO CONFRONTO DISCIPLINARE.

1. Dialogo mancato (o solo indirettamente evocato). — 2. Dialogo ricercato. — 3. Dialogo sfruttato o d'opportunità. — 4. Dialogo problematico.

L'oggetto del seminario è la ricerca di un dialogo interdisciplinare, tra cultori del diritto positivo e storici o filosofi del diritto, sulle trasformazioni del processo penale e sul ruolo che in esso hanno diversamente giocato i diritti individuali nell'Italia repubblicana. Come ben dimostra la relazione introduttiva di Renzo Orlandi e come sarà ulteriormente approfondito nei successivi contributi, dal '46 in poi (o meglio già dal '44 con la crisi del regime fascista), nuove visioni del rapporto tra individuo e stato, tra libertà ed autorità, tra garanzie della persona e poteri punitivi degli apparati pubblici, hanno configurato in maniera mutevole e non sempre progressiva il tipo di rito penale. Altrettanto discontinuo può dirsi il dialogo tra processualpenalisti e storici del diritto, con alterne fasi di reciproca indifferenza, di auspicato confronto, di difficile comunicabilità negli oggetti d'indagine. Nel tentare di ripercorrere vari, schematici, momenti di questo difficile confronto disciplinare, vorrei, dunque, non solo legittimare l'odierna occasione di dialogo, ma anche mostrarne le possibili valenze metodologiche.

1. *Dialogo mancato (o solo indirettamente evocato).*

Subito dopo la caduta del fascismo, la *tradizione italiana* viene evocata dai giuristi impegnati nella progettazione di un nuovo sistema penale, come ricetta necessaria per un urgente 'ritorno' ad

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

alcuni principi considerati parte della storia giuridica nazionale (senza però dimostrarlo). Questo mi pare un aspetto ricorrente dell'uso discorsivo della storia giuridica, inteso a creare un' 'immaginaria' e rassicurante tradizione liberale della cultura giuridica italiana, ispirata alle pagine archetipiche di Beccaria, Pagano, Carrara, Lucchini, capace di vivificare anche la scienza processualpenalistica. Si evoca una sorta di tipo processuale modello, in grado di coniugare l'interesse pubblico alla repressione e il diritto individuale a non subire abusi da parte dell'autorità: un patrimonio scientifico e culturale che avrebbe caratterizzato i codici di procedura, le elaborazioni della dottrina e l'atteggiamento della giurisprudenza con una certa continuità dall'illuminismo in avanti (1). L'argomento ricorre *a fortiori* proprio dopo la caduta del fascismo: certo non sono mancate parziali cesure, settoriali tradimenti, specifiche degradazioni autoritarie le quali, tuttavia, sono facilmente espungibili per far risplendere nuovamente quella « luce della nostra luminosa tradizione giuridica » (2) che può apparire solo parzialmente offuscata dalla codificazione Rocco (3). In questa fase la storia del diritto sembra 'muta' sulla reale sussistenza e le caratteristiche della tradizione invocata: ripropone la continuità da quei 'lumi solari' — come li ha definiti Cavanna — del Settecento riformatore, ma senza indagare se e come quelle linee di politica criminale avessero davvero preso forma nei codici preunitari e poi unitari. Serve, in sostanza, — questa almeno mi pare possa essere un'ipotesi di rilettura — un'idea di tradizione, 'inventata' più che effettiva, cui ricorrere tanto per

---

(1) Critico sul « capostipite » Codice Romagnosi del 1807 CORDERO 2006[8], p. 73: « Incidono sul futuro legislativo questi 800 articoli, dalla topografia alla nomenclatura: ad esempio, nullità assolute e relative (artt. 11-14), tipologia probatoria (artt. 143-222), cassazione (514-55), revisione (672-78), competenza e relativi conflitti (712-33); e configurano uno stile italiano, connotato dal garantismo inquisitorio, eloquio fluente, previsioni microanaliticamente tagliate, gusto della macchina complicata, reticenza sulle scelte capitali ». Sul modello romagnosiano, cfr. DEZZA 1983.

(2) LEONE 1947, p. 470.

(3) La medesima posizione è sostenuta per es. anche da Remo Pannain, dal primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione Ettore Casati, e nello stesso schema di Decreto Legislativo Luogotenenziale 14 sett. 1944 n. 288: « Per quest'opera di riforma dei codici penali, che dovranno ispirarsi alle nostre più pure tradizioni giuridiche e che, nei testi legislativi del 1889 e del 1913, trovarono una chiara realizzazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

contrapporsi a norme o pratiche illiberali quanto per legittimare la progettazione di un ordine nuovo che si fondi però su radici antiche. Il tema presenta aspetti di continuità. Se, infatti, l'appello alla tradizione serve nel secondo dopoguerra sia per segnare una cesura con il fascismo nel solco di una continuità virtuosa con il 'prima', sia per costruire un futuro non tutto da reinventare, la retorica che accompagna l'elaborazione e l'entrata in vigore del nuovo codice del 1988 ancora attinge a quella illustre 'memoria' italiana (4).

La rabbia, la protesta che segue le demolitrici sentenze della Corte Cost. del '92 porta, invece, alla configurazione di una tradizione frenante, negativa, che persiste nell'ostacolare riforme ammodernatrici. « C'è, dunque, — scrive con amarezza Amodio nel '93 — al fondo della tradizione europea continentale, una resistenza a recepire il nuovo che frena l'ingresso dei principi capaci di scardinare il vecchio rito inquisitorio » (5). Ancora, dieci anni dopo, ragionando sull' « intreccio tra passato e presente così fitto nella giustizia penale italiana da apparire, a prima vista, quasi inestricabile », lo stesso Amodio sottolinea le contraddizioni, i progressi e le retromarce dovute all' « intarsio tra vecchie regole della procedura continentale e nuovo garantismo della procedura di *common law* »: una « forza della tradizione » che, in Italia ma non solo, opererebbe dunque come freno, nella mentalità della magistratura e della classe

(4) Così PISAPIA 1989, p. 77-78: « La verità è che il nuovo processo italiano si ispira, nella scelta del rito accusatorio, alla migliore dottrina italiana e, storicamente, alla genuina tradizione romanistica (…) Ecco perché la scelta di fondo del rito accusatorio, operata già dalla prima legge-delega (l. 3/4/1974 n. 108) sulla base della quale era stato redatto il progetto preliminare del 1978, si ricollega alla migliore tradizione italiana e romanistica », benché lo stesso PISAPIA 1991, p. 119, definisca il nuovo codice « una svolta storica nella vita del nostro Paese (…) sia perché si tratta del primo codice dell'Italia repubblicana sia, e soprattutto, perché si passa da un processo a struttura sostanzialmente inquisitoria, qual è il codice di procedura penale del 1930, ad un processo di tipo accusatorio, quale è stato approvato con d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447 »; cfr. anche GALLO 1989, p. 82: « Per giungere a questo risultato, si è dovuto ricuperare il modello del processo accusatorio. Diciamo: ricuperare, perché non si tratta assolutamente dell'imitazione di realtà straniere. A parte il fatto che tali realtà sono proprie di Paesi di innegabile vitalità democratica (…) val la pena di ricordare che il processo accusatorio nasce in un ambito mediterraneo, e ad esso si accompagnano le fortune di solidi, ancorché limitati, esperimenti di democrazia ».

(5) AMODIO 1993, p. 2841.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

politica, nel più o meno palese *habitus* che fa riaffiorare le istanze di difesa sociale sulle aperture del garantismo, nel « passato inquisitorio » capace di stravolgere persino l'interpretazione di norme costituzionali. Sembra esserci, in sostanza, una « pesante e pericolosa eredità del passato » (6) che impedisce la piena attuazione di un modello processuale a garanzia dell'imputato, un peso che si trascina certamente dal codice Rocco e forse da più indietro ancora.

Su questo aspetto mi pare che la storia del pensiero giuridico abbia offerto negli ultimi anni qualche chiave di lettura importante, contribuendo a storicizzare il (o megli *i*) rinvii alla tradizione giuridica italiana specie nelle fasi cruciali delle ricostruzioni: il Regno d'Italia e la restaurazione, l'unificazione del 1861 e la formazione di un'identità giuridica nazionale, la riedificazione dopo caduta del regime e la Costituzione (7). L'invenzione, la costruzione di una tradizione e dunque di un'identità giuridica italiana, per recuperare, prima, autonomia dai modelli di codificazione francese o per 'giustificare', poi, come un accidente di percorso la parentesi politica totalitaria, per difendere la qualità tecnica e dunque la naturale compatibilità dei codici del '30 anche con l'esperienza repubblicana e costituzionale, sono temi sui quali il dialogo tra processualpenalisti e storici del diritto trova ora argomenti, linee interpretative, critiche feconde. Si tratta, cioè, di capire se davvero esista quella tradizione liberale, se sia stata solo teorizzata o anche tradotta nei codici, se e come sia stata attuata dalla giurisprudenza, se e come il diritto vivente abbia in realtà modellato la forma concreta di quella 'tradizione' con sembianze assai diverse da quelle auspicate.

Un altro aspetto di questo dialogo mancato è il ricorso semplificato ai due modelli accusatorio e inquisitorio. Sulla maggiore o minore conformità o contrapposizione ad essi si sono valutati i sistemi di giustizia architettati dai codici e poi la combinazione dei codici con la Costituzione. Pur nell'indiscutibile validità schematica dei modelli storico-comparativi (*accusatio/inquisitio*; *common law/*

(6) Le citazioni sono tratte da Amodio 2003, p. 1419.
(7) Cazzetta 2011a; Solimano 2006; Cappellini 2009; Cappellini 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

civil law) (8), gli studi che negli ultimi venti anni circa la storiografia ha prodotto (9), hanno certamente descritto un quadro più complicato, dove le linee pure dei due modelli non hanno trovato mai una concreta applicazione, ma piuttosto si sono sempre presentati con contaminazioni, interferenze, scorie e ibridazioni. Questo certo non ha significato, né naturalmente avrebbe potuto, un ribaltamento del giudizio sui due sistemi, ma ha certamente evidenziato profili di una logica 'a suo modo' garantista anche entro l'*inquisitio* tardo medievale e di antico regime, così come ha manifestato la storica assenza di un accusatorio puro o i limiti di una giustizia penale troppo dipendente dalle parti nell'*adversary*. Nuove prospettive, dunque, offerte ora dalla storia del diritto entro questo possibile dialogo, che in sostanza invitano a scavare un poco più a fondo dietro la facciata dei modelli oppositivi, a non eccedere, quantomeno, nei giudizi sbrigativi che contrappongono un rito inquisitorio di matrice medievale frutto solo di irrazionalità e mostruosi tecnicismi repressivi ed un più recente passato post-illuministico alla ricerca costante della progressiva affermazione di un utopico accusatorio puro. Maggiori consapevolezze della complessità entro la quale *anche* il processo penale si è storicamente manifestato, ma nulla di rivoluzionario, se già nel 1950 Giuseppe Bettiol, a proposito della politicità del processo penale, avvertiva la necessità di una storicizzazione, poiché « è ben vero che le forme esteriori del processo penale possono anche rimanere le stesse, ma ciò che muta è l'anima in quanto espressione di un radicale mutamento d'accento dalla considerazione dell'individuo a quella dell'organizzazione sociale », e poiché — continua — « diritto penale e processo penale sono un portato della cultura e risentono quindi di tutte le strutture e le trasformazioni che la cultura stessa subisce » (10). Una politicità della procedura penale che porta necessariamente con sé una sua storicizzazione: un binomio, quello tra legge di procedura e politica, a dir il vero già lucidamente messo in evidenza nel 1925 dalla 'pionieri-

(8) Hodgson 2006; McEwan 2004. Sulla « relation nouvelle à la tradition » che avrebbe, negli ultimi anni, avvicinato il modello processuale penale inglese a quello francese, cfr. Colson, Field 2010 (citaz. p. 391).

(9) Cfr. Dezza 1979, Alessi 2001, Langbein 2005.

(10) Bettiol 1950, p. 130-131.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

stica' *Storia della procedura civile e criminale* di Giuseppe Salvioli che, proprio su di esso, fonda « la ragione di essere e l'importanza » della sua ricerca storica, « in quanto può cooperare ad agevolare la cernita del vecchio ciarpame procedurale dal materiale ancora buono e ad indicare quello che non più rispondente ai tempi, o per le sue origini o per le finalità, può essere abbandonato. La storia serve per distruggere e per costruire » (11).

2. *Dialogo ricercato.*

Sono gli anni '70. Alcuni processualpenalisti, impegnati in uno sforzo di ricostruzione radicale del sistema partendo da una critica dura al c.p.p. del 1930, affrontano snodi fondamentali del processo e lamentano l'assenza di studi storico-giuridici capaci di offrire criticamente strumenti interpretativi degli istituti e dei principi (12). Vorrei, solo a mo' di esempio, fare riferimento al saggio di Amodio sulla motivazione della sentenza del 1970 (13) e a due lavori di Massimo Nobili, il volume sul libero convincimento del 1974 (14) e il saggio del 1977 sulla necessità di uno studio dei problemi processuali con metodo sociologico e storico-giuridico (15). Amodio propone, nell'indagine sull'obbligo della motivazione della sentenza previsto dall'allora art. 111 co. 1 Cost., l'opportunità di un taglio storico, perché « senza una penetrazione nel sottofondo storico-politico della norma che illumini adeguatamente sulle sue 'dimensioni di tutela' » (16) si rischia di non cogliere il vero significato della scarna formulazione costituzionale. Tuttavia, a fronte della necessità metodologica di un tale approccio, lamenta l'assenza di studi sulle « matrici storico-politiche del processo penale (...) cui possa proficuamente attingere il processualista », non trovando nei testi di Pertile e Salvioli l'occasione di un dialogo disciplinare. Al di là delle tematiche troppo generali e dei periodi troppo estesi trattati, è la

(11) Salvioli 1925, p. 7.
(12) Grevi 1971; Illuminati 1979; Ferrua 1981.
(13) Amodio 1970, p. 444 ss
(14) Nobili 1974.
(15) Nobili 1977.
(16) Amodio 1970, p. 445.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

metodologia che non consente il confronto, in quanto « scarsamente sensibile all'esigenza di inquadrare il fenomeno storico-giuridico nel contesto politico e sociale in cui prende vita, e, dunque, insoddisfacente per chi non intenda accontentarsi di una visione puramente 'cronachistica' degli eventi » (17). E, soprattutto, segnala una grande lacuna storiografica sull'Ottocento giuridico: la ricerca si è sempre fermata alle soglie di quell'epoca senza mai indagarla, proprio « laddove il processualista intuisce che il peso di certe matrici concettuali ed ideologiche è ancora assai grande nella teoria così come nella pratica della vita giuridica moderna », così come mancano studi sul processo di codificazione e sulle sue diverse matrici nazionali e culturali. Una diagnosi tanto realistica quanto sconfortante per la storiografia giuridica, ancora incapace, in quel momento, di essere interlocutore credibile e propositivo verso chi cerca con essa un dialogo 'impossibile' (18).

Nel primo capitolo del volume sul libero convincimento (*Questioni e prospettive di fondo*), Nobili segue lo stesso approccio. Quella che lui chiama la 'prospettiva storica' è la chiave di lettura fondamentale per capire a fondo non solo le origini, ma anche il significato attuale dell'ambigua formula oggetto della sua indagine: « Di fronte a siffatta indeterminatezza concettuale, che va assunta come punto di partenza della ricerca, una maniera corretta per giungere ad un primo chiarimento consiste nell'impostare il discorso in prospettiva storica. Questo tipo di indagine, anzi, è nel nostro caso strumento insostituibile e prezioso: respingerlo significherebbe rinunziare ad alcuni chiarimenti decisivi » (19). Solo « l'indagine storica — ribadisce — può dimostrare che la relatività costituisce un carattere intrinseco di questo principio (del libero convincimento) »: nella storia, in sostanza, Nobili vede lo strumento gnoseologico che rivela la relatività, la mutevolezza, la flessibilità contenutistica della formula « anche sul piano del diritto positivo », poiché essa muta con il mutare del contesto normativo e valoriale in cui è predicato ed

(17) *Ivi*, p. 446.

(18) Non è un caso che, proprio sui temi oggetto del saggio di Amodio, un possibile dialogo si aprisse non con uno storico del diritto, ma con un comparatista, in riferimento a Gorla 1969.

(19) Nobili 1974, p. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

applicato (20). Un appello alla 'storicizzazione' dei dogmi e degli istituti come metodo indispensabile per coglierne, nel contesto discorsivo e normativo in cui operano, la reale portata, appello che tuttavia resta ancora piuttosto isolato e costringe il processualpenalista a sperimentarsi storico « anche a causa degli scarsissimi contributi e di una certa trascuratezza degli storici in questo campo » (21).

Convinzioni metodologiche ribadite nel 1977, con un saggio che riflettendo sull'identità disciplinare del diritto processuale penale in modo, allora, certamente originale e fecondo di ulteriori studi, propone un approccio integrato della procedura penale con la sociologia e con la storia del diritto, non per tentare sincretismi che sfumino le identità disciplinari, ma per superare un approccio tradizionale tecnico-giuridico riconosciuto ormai insufficiente e sterile. Un'aperta proposta progettuale, un invito a uscire da logiche e metodi stagnanti per ripensare un diverso modello di scienza giuridica: « occorre che tutti insieme mutiamo abitudini invecchiate ed acquistiamo la consapevolezza dell'unitarietà dell'oggetto, ossia — per essere più espliciti — dell'inscindibilità che lega fenomeno sociologico, fenomeno storico e fenomeno normativo » (22). Nobili segnala il cambiamento in atto della funzione del processo penale cui corrisponde un'assenza di riflessione scientifica di supporto: la scoperta del momento giurisprudenziale del diritto, arrivata in Italia con ritardo rispetto ad altri paesi europei o agli Stati Uniti, « s'è ridotta nella diffusa *querelle* sulla politicità o apoliticità della funzione giurisdizionale » (23), e la trasformazione in corso del processo penale in strumento di 'controllo sociale' (24) non può che essere

---

(20) *Ivi,* p. 22: « Anche sul piano del diritto positivo (indipendentemente quindi dalle interpretazioni dei singoli operatori) esso non è rimasto statico, poiché mutavano i parametri esterni di riferimento, costituiti dagli altri principi generali dei vari ordinamenti positivi, principi indispensabili a ritagliarne, via via, una precisa fisionomia normativa e a delinearne la effettiva portata ».

(21) *Ivi*, p. 17-18.

(22) Nobili 1977, p. 54.

(23) *Ivi*, p. 65.

(24) *Ivi*, p. 83: « È abbastanza evidente, infatti, che oggi si tende ad utilizzare il processo come un momento duttile ed autonomo d'incidenza politica (...) La peggiore risposta che può dare la nostra scienza a questi fenomeni è tentare di esorcizzarli come forme di degenerazione *occasionali* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riconosciuta, prima ancora che compresa e regolata, attraverso le lenti dell'analisi sociologica e storico-giuridica. Intuizione tanto felice quanto dirompente, ma impresa ardua, perché, ancora, l'interlocutore è carente (25).

Vi è, tuttavia, qualche segno di risveglio nella storia del diritto che Nobili coglie prontamente, con particolare riferimento al volume di Tarello (26): qualche consapevolezza nuova, qualche importante riflessione metodologica che non tarderà — come vedremo — a coinvolgere anche l'ambito ampio del penale. Sempre su *La Questione Criminale*, nel 1976 Mario Sbriccoli recensisce il vol. V dei *Materiali* fondati da Tarello dedicato alla "questione penale" in Europa tra il XVIII e il XIX secolo. Raccogliendo perfettamente il messaggio 'provocatorio' di quegli inviti al dialogo che provenivano dai cultori delle scienze penali positive (sostanzialisti e processualisti) ed espressione lui stesso di un rinnovamento in atto negli studi storico giuridici, subito segnala il cambio di piano: « i segni di un possibile rinnovamento della storiografia giuridica italiana, che era facile cogliere interpretando il senso di alcune iniziative avviate nei primi di questi anni settanta, si sono ormai mutati nella prova concreta che qualcosa sta effettivamente cambiando » (27). È a tutti nota l'importanza dei progetti culturali, volutamente aperti alla comparazione diacronica e all'interdisciplinarietà, che hanno avuto (e hanno ancora) nella cultura giuridica italiana i *Materiali* (dal 1971) e i *Quaderni fiorentini* (dal 1972). Qui vorrei solo cogliere in

(25) *Ivi*, nt. 20, p. 66: « Bisogna non confondere gli *indirizzi culturali* sulla funzione del processo ed il *ruolo svolto concretamente* dal processo in un certo contesto sociale. Sfortunatamente le ricostruzioni storiche sinora offerte non tengono in sufficiente conto la distinzione, anche per la grande difficoltà del secondo tipo di valutazioni ». Un successivo, rilevante momento di dialogo improntato su tale approccio storico-sociologico per comprendere « *impatto* della dottrina sul nuovo codice ed *effetti*, in termini di costi e benefici, della mediazione culturale », è dato da Amodio 1997 (citaz. p. 364).

(26) NOBILI 1977, nt. 22, p. 66-67: « Nelle parti dedicate al diritto criminale, questa storia (TARELLO 1976) offre una convincente e metodica spiegazione di taluni cardini del sistema (principio di legalità; cosiddetto divieto di interpretazione; obbligo di motivazione; etc.) nel quadro della politica penale perseguita nel periodo assolutista e delle codificazioni. Il volume si segnala anche come testimonianza eminente di quel rinnovamento metodologico e didattico cui accennavo ».

(27) SBRICCOLI (1976), p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

quella recensione di Sbriccoli, non a caso poco attenta a descrivere i contenuti dei saggi quanto piuttosto concentrata sulla fecondità del nuovo metodo proposto, la piena consapevolezza degli orizzonti nuovi che la storia della 'cultura giuridica' apre al campo del penale, proprio e soprattutto nella prospettiva di offrire un contributo culturale, attraverso quel dialogo con i giuristi positivi che prima mancava, al processo di 'incivilimento' e rinnovamento del sistema penale, poiché considera « matura ormai una scelta che tenda ad instaurare un rapporto di reciproco sostegno — un vero e proprio *feed-back* — tra la storia del fenomeno giuridico ed il movimento di riforma giuridica ed istituzionale di cui si avverte l'urgenza e che pur si tenta di avviare nel Paese » (28). Nel lodare (e nel proporre ad un tempo) questa prospettiva non tradizionale capace di superare « le pigrizie e le resistenze » delle discipline giuridiche, sia storiche sia positive, Sbriccoli, in piena sintonia con le critiche di Nobili, accusa la « narcosi culturale » e la « catalessi culturale » (29) che il metodo tecnico-giuridico ha determinato nella penalistica italiana, impedendole di cogliere l'intrinseca, essenziale storicità-politicità del penale. L'elisione della dimensione storica e sociale (e quindi anche politica) dallo studio del penale sostanziale e processuale, nella pretesa della neutralità e tecnicità degli istituti, non solo ha impedito una profonda comprensione delle strategie della giustizia, ma ha offuscato la dimensione di impegno civile che *deve* caratterizzare la materia: « il diritto penale ha una sua centralità nella storia e nella lotta civile perché esso è in realtà, nelle società moderne, uno dei nodi principali dello scontro politico e sociale, la sede di esso, il terreno stesso sul quale vengono reclamati e contesi diritti, prerogative, spazi ». Non voglio qui insistere oltre sugli sviluppi successivi, a tutti noti, che Sbriccoli (assieme ad altri poi) ha dato in seguito a questo 'programma di lavoro'. Mi basta sottolineare, ai fini del nostro percorso, che finalmente negli anni '70 sembrano realizzarsi le condizioni culturali e metodologiche di un dialogo, anche se, ancora, forse concentrato più sul penale sostanziale che sul processuale.

---

(28) *Ivi*, p. 1070.
(29) *Ivi*, p. 1071.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

3. *Dialogo sfruttato o d'opportunità.*

Una tendenza ricorrente dà forma a questo dialogo faticoso, ovvero l'utilizzo di argomenti storico-giuridici come strumento argomentativo di invettiva contro i ritardi nelle riforme, di confronto provocatorio per dimostrare l'arretratezza del codice o del sistema in vigore che segna un pericoloso regresso verso il medioevo inquisitorio: una sorta di termine di paragone in negativo da brandire, a volte come modello o schema delineato per semplificanti linee generali, contro ogni regresso di civiltà, di garanzie, di tutele. Penso in particolare, per fare due esempi significativi, ad Achille Battaglia e ad Italo Mereu, alla forza critica delle loro posizioni e all'importanza delle loro 'pubbliche' accuse, rafforzate proprio dall'essere fondate 'storicamente'. Nel *Processo alla giustizia* del 1954 Battaglia lucidamente analizza e attacca le contraddizioni del rito penale, mostra i pericoli per le garanzie individuali nascoste nei meccanismi del processo, lancia un appello, ancora piuttosto isolato in quegli anni, perché la scienza contribuisca a sanare « la tardanza a tradurre in istituti di diritto positivo i comandi costituzionali » ([30]). Le sue invettive, le istanze garantistiche, sono tessute a filo doppio con i confronti storici, nel parallelo con il modello accusatorio romano, con le conquiste del *Bill of Rights* inglese, con l'esperienza francese rivoluzionaria e napoleonica, o, ancora, con i ritardi del periodo postunitario quando il c.p.p. del 1865 non seppe adeguarsi alle libertà statutarie. Le accuse contro gli abusi della polizia, le ingiustizie della carcerazione preventiva, il regime illiberale delle nullità degli atti, trovano nei riferimenti storici una cassa di risonanza e una fonte di maggiore credibilità.

Mi pare, anche se con qualche forzatura, di poter associare a questo 'stile' di dialogo il contributo di Mereu, che soprattutto come il Merit opinionista dalle pagine del *Sole-24 Ore* gioca un ruolo di 'collaborazione critica' verso l'elaborazione del Codice del 1988, sebbene, come lui stesso precisa « il mio impegno è stato non di dogmatico, ma di storico, teso a mettere in guardia dalla metodologia controriformistica riaffiorante nel Codice stesso, basata sul con-

([30]) BATTAGLIA 1954, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

cetto di normativa rinnegante » (31). A partire dagli anni Ottanta, con le pungenti pagine demolitrici della falsa giustizia del processo pre-riforma, fino alle successive, altrettanto dure parole contro le sentenze della Corte del '92 che segnano, a suo dire, il *requiem* per il nuovo Codice e « un ritorno ai tempi dell'inquisizione ecclesiastica del Medioevo » (32), Mereu basa tutta la sua carica polemica su un manicheo confronto tra l'esperienza medievale, dominata da una inquisizione (spesso ecclesiastica) semplificata e ridotta a somma di ogni imbarbarimento processuale, e l'illuministica elaborazione di un modello accusatorio, mai però storicamente realizzatosi ma sempre in tensione verso un progresso civilizzatore ancora da raggiungere e sempre, costantemente, minacciato da *escamotages* da controriforma (33). Non interessa certo qui una valutazione 'storiografica' di questi contributi, ma segnare comunque l'importanza, anche per la grande popolarità della sua rubrica, della lettura 'da storico' dei problemi attuali del processo penale, sempre in quella chiave di difficile, pericoloso equilibrio tra storicità, politicità e legalità.

4. *Dialogo problematico.*

Nell'ultima, recente, fase finalmente il dialogo si è intensificato, approfondendo molti temi con approccio interdisciplinare e con una reciproca attenzione (34). Mi pare però che il rinnovato confronto in atto presenti qualche ulteriore complicazione, qualche profilo di grande urgenza ed interesse sul quale processualpenalisti e storici si stanno ora interrogando con linguaggi e punti di vista non sempre omogenei. Le ricerche di taglio storico e storico-comparativo (35), più approfondiscono l'indagine e più sembrano far crollare alcune

(31) Mereu 1994, p. 164.

(32) Mereu 1992, p. 166.

(33) Cfr. Cazzetta 2011b.

(34) Basti pensare ad alcuni recenti convegni o pubblicazioni: *Riti, tecniche, interessi* 2006; *Inchiesta penale* 2007; *Processo penale e opinione pubblica* 2008; *L'inconscio inquisitorio* 2010; Alessi 2001; Miletti 2003.

(35) Si pensi ai numerosi lavori sull'origine del modello *adversary* di *common law*, o sui percorsi di lungo periodo che ricostruiscono le radici medievali di alcune formule processuali, per poi criticarne un uso attuale completamente svuotato, per inconsapevolezza storica, di ogni concreto valore, come Whitman 2008.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

certezze o quantomeno avvertire, come fa Giorgia Alessi in merito alla mitizzazione per contrapposizione dell'*adversary system*, del rischio connesso ad una « radicalizzazione fuorviante » (36).

Segnalo sinteticamente alcuni temi, diversi ma certamente connessi da un comune filo conduttore, sui quali il dialogo presenta profili di problematicità.

a) *Crisi dello stato*. È di Renzo Orlandi un articolo pubblicato nel 2002 dal titolo *Giustizia penale e ruolo dello stato: un rapporto in crisi* (37). Orlandi inquadra una serie di 'mali' della giustizia penale in una più complessiva crisi del modello statuale di matrice ottocentesca, come persona giuridica cui si deve esclusivamente ricondurre il processo di produzione normativa. In che modo questa trasformazione dello Stato incide sul processo penale? Perché, in sostanza, « alla perdita di centralità del potere legislativo si accompagna un accrescimento, pressoché automatico, d'importanza del potere giudiziario »: il venir meno del primato della legge, che presupponeva fissità di valori e tutela di interessi superindividuali, ha una sua giustificazione storico-sociale nel volto iper-individualista della società contemporanea, che trova risposte più pronte e individualizzate non nella norma generale e astratta ma in sede di risoluzione giurisdizionale dei singoli casi. Con un cambio di paradigma radicale, « la giustizia penale si inscrive, oggi, in una concezione dello Stato diversa da quella poggiante sull'idea antropomorfica di persona giuridica, basata sulla trascendenza dell'organizzazione pubblica rispetto all'individuo e, per conseguenza, sul primato indiscusso della legge quale espressione della sovranità politica o di una mitica volontà generale ». In questo nuovo assetto, il giudice cessa di essere, sempre che mai lo sia stato, un mero applicatore della legge, e « nell'emettere sentenza, è lui stesso a usare la legge come criterio per la propria decisione, anziché la legge (che non ha anima e non può volere alcunché) a servirsi del giudice per risolvere il caso ». Saremmo, dunque, di fronte ad una presa d'atto della fine di un'esperienza e dell'apertura di una fase nuova, ancora da comprendere e strutturare scientificamente, ma certamente già *de facto* impostasi.

---

(36) Alessi 2001, p. 209.

(37) Orlandi 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Tale lettura offre lo spunto a due brevi osservazioni in funzione del dialogo 'futuro' tra storia del diritto e diritto processuale-penale: la prima è che questa 'rivoluzione' può essere vista in chiave non necessariamente negativa, come perdita irreversibile di ogni certezza e garanzia e, dunque, come qualcosa da rifiutare o da combattere, ma può, invece, anche prestarsi ad un'interpretazione diversa, che tenga conto delle mutate coordinate storiche e del conseguente invecchiamento di certe categorie, per ragionare su un nuovo equilibrio in cui « la bontà delle soluzioni adottate va misurata non tanto sull'osservanza di principi astratti (quale, ad es., la certezza della pena), quanto piuttosto sulla loro efficacia ai fini del funzionamento complessivo del sistema ». La seconda è che, in questo processo di destrutturazione del vecchio modello statualistico e progettazione di nuove possibili alternative, un ruolo non marginale può forse giocare lo storico del diritto, ricostruendo, come ampiamente si sta facendo negli ultimi anni, le ragioni storiche, politiche e sociali dell'emersione dello stato di diritto liberale. Un percorso di storicizzazione che porta con sé, necessariamente, la relativizzazione di un modello, utile forse a non farsi trovare sprovveduti di strumenti interpretativi che sopperiscano all'ennesima 'crisi' dello Stato moderno.

b) *Crisi del modello codice e crisi della legalità processuale.* Un discorso simile può essere fatto in riferimento alla crisi della centralità del codice, fenomeno che dopo aver coinvolto il civile e il penale, pare oggi toccare anche la procedura penale. Nel 2003 Amodio descrive la disgregazione del sistema processuale penale in termini di « destrutturazione » e « decodificazione », sia « legislativa », per gli aggregati normativi *extra codicem*, sia « giurisprudenziale », dovuto alla creazione di nuove norme per via giudiziale « che esprimono principi antitetici a quelli su cui si fonda il sistema ». Il nuovo impegno del processualpenalista sarebbe, dunque, quello di tentare una ristrutturazione dell'ordinamento, riaffermando però con forza il principio di legalità processuale. Il compito ricostruttivo del giurista positivo, nel suo dovere di resistenza alle suggestioni irrazionaliste e disgregatrici delle regole che reggono la giustizia penale, dovrebbe partire da alcuni punti fermi, *in primis* il principio di legalità e la scelta per l'accusatorio, ed orientare in funzione di questi le possibili interpretazioni o le proposte di riforma degli istituti. Nella stessa direzione mi pare si muovano alcune pagine di Nobili,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

il quale nel 1999, di fronte ad un ormai « conclamato spostamento del baricentro verso supremazie del processo e della magistratura penale » con conseguente svuotamento del *nullum crimen nulla poena* sostanziale, denuncia i rischi di una possibile giustizia penale « nell'ambito di una giurisprudenza e di un sistema funzionanti in base ai principi che 'non hanno fattispecie' ». I 'nuovi orizzonti' della procedura penale, verrebbe da dire, preoccupano il giurista: lo stravolgimento di riferimenti tradizionali, il venir meno di una comune e condivisa piattaforma di linguaggi e valori, creano un 'senso di vuoto': « molti di noi, credo, non ritrovano — nelle trasformazioni e nei nuovi scenari — quelli che erano stati vissuti come componenti e obiettivi, tendenziali sì, ma importanti e coerenti di un corretto sistema penale ».

Nella reazione contro questo « crepuscolo della legalità » (38), l'impressione è che nel dialogo in corso tra storici del diritto e processualpenalisti, i primi siano diventati in un certo senso interlocutori 'scomodi'. La morte del legicentrismo, la crisi del modello statale, la perdita di centralità del codice sono temi sui quali negli ultimi anni la storiografia ha scritto pagine importanti, non per 'festeggiare' la realtà che fotografa, ma per prendere atto di un mutamento storico, che, forse, spaventa meno chi tenta, per statuto disciplinare appunto, di storicizzare anche quell'insieme di convinzioni, equilibri, 'mitologie' che hanno trovato nell'età liberale una loro precisa ragione politica e sociale. Meglio, dunque, la strenua difesa della legalità proposta con coerenza logica estrema da Luigi Ferrajoli o il rischio che deriva dal riconoscere che qualcosa è cambiato, che la legge penale non ha più (né potrà più avere) lo stesso ruolo di prima, in quanto espressione di uno statualismo che ormai non c'è più, come sostenuto nelle ultime, discusse righe del saggio sui *Caratteri originari e tratti permanenti* di Sbriccoli o nelle provocatorie pagine di Grossi? (39)

Forse non proprio di un'alternativa si tratta, ma di una non condivisa consapevolezza di quale possa essere il contributo della storia giuridica: lo storico si limita a richiamare l'attenzione sulla storicità, e dunque, come più volte abbiamo ripetuto, sulla relatività

(38) Padovani 1999; Nobili, 1995.
(39) Nobili 1999, p. 44-45; Nobili 2004, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di un modello, così come il giurista positivo riconosce una « procedura penale invisibile che non sta nei manuali o nei repertori della giurisprudenza ma si tocca con mano nella effettività della pratica giudiziaria » (40) o ancora ammette che « l'Italia repubblicana ha perso il senso dell'intrinseca unitarietà del sistema penale » (41). Tra le ragioni di un dialogo che deve continuare, almeno a mio avviso, c'è proprio il confronto tra due approcci diversi al fenomeno giuridico, che possono tuttavia combinare saperi e linguaggi differenti non certo per 'demolire' le conquiste del passato, ma per elaborare con consapevolezza culturale gli strumenti di progettazione del futuro.

Riferimenti bibliografici

ALESSI G. (2001), *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari: Laterza.

AMODIO E. (1970), *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Rivista di diritto processuale*, p. 444-465.

AMODIO E. (1993), *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1788, p. 2841.

AMODIO E. (1997), *Processo penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di Paolo Grossi, Milano: Giuffrè, p. 363-383.

AMODIO E. (2003), *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 4, 419, p. 1419-1424.

BATTAGLIA A. (1954), *Processo alla giustizia*, Bari: Laterza.

BETTIOL G. (1950), *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova: Cedam, p. 121-133.

CAPPELLINI P. (1999), *Il Fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini*, 28, p. 175-292.

CAPPELLINI P. (2009), *Il codice fra "tradizioni" e "tradimenti": problemi e suggestioni (a partire da Giuseppe Luosi e dalla "traduzione" in lingua italiana e latina del Codice Napoleone)*, in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione. A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon*

(40) AMODIO 2003, p. 1424.

(41) PISANI 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

(1806-2006), Atti del Convegno Internazionale di Studi (Mirandola-Modena, 19-20 ottobre 2006), a cura di Elio Tavilla, Modena: Archivio Storico, p. 365-391.

CAZZETTA G. (2011a), *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino: Giappichelli.

CAZZETTA G. (2011b), *Ricordo di Italo Mereu. Storico del diritto, polemista, uomo libero*, in *Rivista "Ius17"*, 1, p. 203-210.

Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento (2008), a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Bologna, Il Mulino.

COLSON R., FIELD S. (2010), *La fabrique des procedures penales. Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice repressive*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, p. 365-393.

CORDERO F. (2006[8]), *Procedura penale*, Milano: Giuffrè.

DEZZA E. (1979), *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano: Giuffrè.

DEZZA E. (1983), *Il Codice di procedura penale del Regno Italico (1807): storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova: Cedam.

FERRUA P. (1981), *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano: Giuffrè.

GALLO M. (1989), *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *La Legislazione Penale*, anno IX, p. 81-83.

L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana (2010), a cura di L. Garlati, Milano: Giuffrè.

GORLA G. (1969), *I precedenti storici dell'art. 12. disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in *Il Foro italiano*, V, coll. 112-134.

GREVI V. (1971), *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano: Giuffrè.

HODGSON J. (2006), *Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure*, in A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, V. Tadros, *The Trial on Trial*, 2, *Judgment and Calling to Account*, Oxford: Hart, p. 223-242.

ILLUMINATI G. (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli.

Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare. (2007) Atti del convegno Teramo, 4 maggio 2006, a cura di P. Marchetti, Napoli: ESI.

LANGBEIN J. H. (2005), *The origins of adversary criminal trial*, Oxford: Oxford University Press.

LEONE G. (1947), *Sulla riforma del Codice di Procedura Penale*, in *Arch. Pen.*, vol. III, p. I, p. 470.

MCEWAN J. (2004), *Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial*, in A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, V. Tadros, *The Trial on Trial*, 1, *Truth and Due Process*, Oxford: Hart, p. 51-69.

MEREU I. (1990), *Una breccia fa controriforma*, in *Il Sole-24 Ore*, 27 ottobre 1990, ora in ID., *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, a cura

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di Rinaldo Boggiani, Pordenone: Biblioteca dell'Immagine, 1994 (col titolo *I principi non si addicono al cocktail*), p. 164.

MEREU I. (1992), *Un colpo da Restaurazione*, in *Il Sole-24 Ore*, 6 giugno 1992, ora in ID., *La giusta ingiustizia*, cit., p. 166.

MILETTI M. (2003), *Un processo per la terza Italia. Il Codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano: Giuffrè.

NOBILI M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè.

NOBILI M. (1977), *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *La Questione Criminale*, III, 1, p. 51-91.

NOBILI M. (1995), *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, p. 648-660.

NOBILI M. (1999), *Nuovi modelli e connessioni: processo — teoria dello stato — epistemologia*, in *L'Indice Penale*, 1, p. 27-45.

NOBILI M. (2004), *Introduzione* a F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, con una selezione dagli *Opuscoli di diritto criminale*, Bologna: Il Mulino, p. 11-25.

ORLANDI R. (2002), *Giustizia penale e ruolo dello stato: un rapporto in crisi*, in *Il Mulino*, 5/02, p. 863-873.

PADOVANI T. (1999), *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'Indice penale*, 2, p. 527-544.

PISANI M. (1999), *Il processo penale nel dedalo delle riforme*, in *L'Indice penale*, 2, p. 545-548.

PISAPIA G.D. (1989), *Un nuovo modello di processo*, in *La Legislazione Penale*, anno IX, p. 77-80.

PISAPIA G.D. (1991), *Primi appunti sui concetti di azione e giurisdizione nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, a cura di M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile, vol. II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano: Giuffrè, p. 117-132.

Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento, (2006) Atti del Convegno, Foggia, 5-6 maggio 2006, a cura di M. Miletti, Milano: Giuffrè.

SALVIOLI G. (1925), *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*. Pubblicata sotto la direzione di Pasquale Del Giudice, vol. III, pt. I, Milano: Hoepli.

SBRICCOLI M. (1976), *Recensione a "Materiali per una storia della cultura giuridica V/1975. Idee e atteggiamenti sulla repressione penale"*, in *La Questione Criminale*, II, p. 205-210, ed ora in ID. (2009), *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano: Giuffrè, p. 1069-1075.

SOLIMANO S. (2006), *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restau-*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

razione all'Unità, in *Il bicentenario del codice napoleonico*, Atti dei convegni lincei (Roma, 20 dicembre 2004), Roma, p. 55-88.
TARELLO G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino.
WHITMAN J.Q. (2008), *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven: Yale University Press.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

RENZO ORLANDI

DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA

1. Premessa. — 2. Una proposta di periodizzazione. — 3. La riforma processuale nel primo periodo (1944-1961). — 4. Secondo periodo: dal progetto Carnelutti all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (1962-1989). — 5. Terzo periodo: l'esperienza del primo codice dell'Italia repubblicana (1989-2010). — 5.*a*) Il triennio sperimentale (1989-1992). — 5.*b*) L'epoca di "Mani pulite" (1992-1997). — 5.*c*) L'epoca del "giusto processo" (1997-2001). — 5.*d*) L'epoca della "ossessione securitaria" e l'apertura allo spazio giuridico europeo (2001-2010). — 6. Conclusioni.

1. *Premessa.*

La letteratura penalistica è ancora priva di una riflessione sulla storia recente del nostro diritto processuale. Una riflessione utilissima per il giurista positivo, tanto più in una fase di grande instabilità normativa come l'attuale.

Molte monografie (degli anni '60 e '70) informano sugli istituti di volta in volta considerati con resoconti stilati sulla scorta delle codificazioni precedenti (del 1865, del 1913). Le monografie successive alla riforma del 1988 appaiono meno orientate alla ricostruzione storica degli istituti. L'abbandono del modello processuale cosiddetto misto ha creato uno stacco rispetto alla tradizione precedente, sicché si reputa inutile mettere a confronto istituti considerati privi di una reale base di comparabilità. Francamente non è un male, considerato il carattere manierato, meramente compilativo e spesso superficiale di molte fra le ricostruzioni fornite dagli autori dei decenni passati. Del resto, non ci si può improvvisare storici. E, quasi sempre, il giurista positivo che si esercita nella comparazione diacronica lo fa da dilettante.

Ben vengano, dunque, le iniziative degli storici sul passato recente della nostra procedura penale. Sono l'occasione per un

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dialogo molto istruttivo. Penso, ad esempio, a Mario Sbriccoli e ai suoi studi sulla giustizia penale durante il fascismo (1); a Marco Miletti, autore di una bella monografia sul codice del 1913 (2); penso ai saggi raccolti nel volume curato da Loredana Garlati sull'eredità del codice Rocco (3) nonché, per il periodo a noi più vicino, ai saggi di Mario Pisani (4) e di Ennio Amodio (5).

Segue questa scia l'idea lanciata dagli amici ferraresi di ripercorrere la storia delle riforme processuali nell'Italia repubblicana, con la tutela dei diritti individuali a far da filo conduttore. Una storia lunga fatta di slanci ideali e proiezioni ottimistiche nel futuro, ma anche di misoneismi e conseguenti impulsi di ritorno al passato. Comunque sia, una storia istruttiva per lo studioso, se non altro perché permette di evidenziare talune costanti della crisi che ha caratterizzato e caratterizza l'esperienza giuridica italiana nel settore della giustizia penale. Certo, non è una gran consolazione apprendere che, già negli anni '50 del secolo scorso, si lamentava l'eccessiva durata dei processi, si denunciava il ruolo marginale della difesa specialmente nella fase istruttoria, si segnalava l'insufficiente tutela della libertà personale. È però di grande interesse ripercorrere gli argomenti esibiti nelle polemiche di quegli anni; soffermarsi sugli sfondi politico-sociali che hanno fatto da scenografia ai progetti di modifica della procedura penale dalla metà degli anni '40; meditare sul senso di fallimento che l'attuazione di ogni grande riforma prima o poi produce.

Le principali riviste penali offrono abbondante materiale per la nostra riflessione. Materiale poco studiato, soprattutto con riguardo agli anni '40 e '50. Eppure è proprio nel periodo successivo alla caduta del fascismo e nell'immediato dopoguerra che il tema della riforma processuale penale è per la prima volta affrontato con le speranze e le paure tipiche dei momenti di grande svolta storica. Il lasso temporale che va dal 1944 al 1955 (anno della prima grande

(1) Si veda, in particolare, Sbriccoli 1999.
(2) Miletti 2003.
(3) Garlati 2010.
(4) Pisani 2008.
(5) Amodio 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riforma processuale) merita di essere riconsiderato come il periodo nel quale si gettano le basi ideali delle riforme processuali penali.

Dagli anni '60 in poi la storia è assai meno misteriosa, ma merita anch'essa di essere raccontata, non foss'altro a vantaggio dei giovani che si avvicinano allo studio del diritto processuale penale. Ai meno giovani bastano pochi cenni per evocare le tappe di questo lungo e, per molti versi, appassionante itinerario; il "progetto Carnelutti" del 1962, preceduto dal convegno veneziano del settembre 1961 (6); il suo impatto nel dibattito sulla riforma del processo penale; lo storico convegno del 1964, svoltosi in due tempi fra Lecce e Bellagio; le riforme di stampo garantista propiziate da una coraggiosa giurisprudenza costituzionale che seppe essere segnavia per il legislatore. E poi la legislazione dei due decenni successivi: quella segnata dall'emergenza antiterrorismo degli anni '70 e quella, ad inizio degli anni '80, contrassegnata dall'emergenza antimafia, ma anche da una grave caduta di legittimazione della magistratura (soprattutto a seguito del caso Tortora) fino alla riforma processuale del 1988.

Quanto ai due decenni che ci separano dall'entrata in vigore del "nuovo" codice, la memoria è sin troppo fresca, al punto che farne la storia è impresa ardua, per eccesso di vicinanza all'oggetto osservato. Tuttavia, le involuzioni e i tentativi di controriforma, seguiti da aperture garantiste, in breve, le vicissitudini normative tortuose e contraddittorie, che hanno caratterizzato sin qui la vigenza del codice 1988, permettono di abbozzare una periodizzazione utile per individuare le linee di tendenza di una riforma processuale che è andata assumendo carattere permanente.

Il tema dei diritti individuali può essere affrontato in termini per così dire obiettivi, alla luce del principio di proporzionalità, al fine di stabilire fin dove possa spingersi l'esercizio di poteri coercitivi per ragioni di giustizia. Oppure può essere declinato in termini personalistici, sul piano dei poteri, delle facoltà, dei diritti spettanti ai soggetti processuali. È quest'ultimo, come si vedrà alla fine del nostro *excursus*, l'approccio prevalente nella dottrina italiana. Gran parte delle discussioni ruotano attorno allo spazio da riservare alla funzione difensiva e al correlativo contenimento della funzione

(6) Carnelutti 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

accusatoria. Il diritto inviolabile di difesa, così come enunciato nell'art. 24 comma 2 Cost., assorbe in sé o, meglio, oscura altri diritti individuali di cui possono esser titolari persone non coinvolte come parti nel processo (persone offese dal reato o persone coinvolte casualmente e indirettamente nell'attività investigativa e di accertamento).

2. *Una proposta di periodizzazione.*

È impossibile abbracciare con uno sguardo un periodo lungo quasi settant'anni, né è consigliabile perdersi nei dettagli delle molte discussioni e iniziative che sul terreno della riforma processuale penale si sono susseguite dalla nascita della Repubblica italiana. Riesce meno complicata l'analisi e più comprensibile l'esposizione se questo lungo arco viene ripartito in segmenti temporali, scanditi da significative uniformità.

Ritengo adeguata ai nostri fini una divisione in tre parti del periodo considerato. La prima va dalla caduta del fascismo alla fine degli anni Cinquanta. La seconda, dall'inizio degli anni Sessanta alla riforma processuale maturata sul finire degli anni Ottanta. La terza, da codesta riforma ai giorni nostri.

La suggerita periodizzazione si fonda su un triplice distinguo: la situazione politico-sociale; lo stile dottrinale; la conseguente impostazione riformista.

Il primo periodo (1944-1961) inizia con l'Italia ancora in guerra: un Paese stordito dalla caduta del regime fascista e dalla catastrofe bellica, pronto però a investire energie nella ricostruzione sia materiale sia istituzionale. Anche il sistema penale di allora, a guardarlo dal nostro punto di vista odierno, appare come un edificio pericolante: da abbattere e ricostruire oppure da ristrutturare. Lo stile dottrinale è quello tecnico-giuridico, tipico anche dell'epoca fascista. Gli autori maggiormente presenti nel dibattito e che più esercitavano influenza hanno i nomi di Giovanni Leone, Remo Pannain, Giuseppe Sabatini, Alfredo De Marsico. Sul piano delle iniziative e dei progetti, due sono le proposte che si fronteggiano: la prima, in ordine di tempo, ravvisando nel codice di rito del 1930 l'espressione del regime caduto, lo vorrebbe sostituire con il codice liberale del 1913; l'altra proposta, assai meno radicale, punta su una riforma

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

parziale del codice Rocco, sì da adeguarlo al nuovo clima democratico.

Il secondo periodo (1962-1989) ha inizio nell'Italia del *boom* economico. Un'Italia che, anche con riguardo alla riforma penale, coltiva un disegno utopistico: superare il modello processuale misto, ispirato al *code d'instruction criminelle*, sostituendo ad esso un modello *adversary*. Il 1962 è l'anno della svolta. Nel mese di gennaio il ministro della giustizia Gonella affida, all'ultraottantenne Francesco Carnelutti, il compito di progettare un nuovo codice di procedura penale. L'incarico coincide con un cambio generazionale. Attorno al vecchio Carnelutti si raccolgono giuristi quali Bellavista, Conso, Cordero, Delitala, De Luca, Foschini, Nuvolone, Sabatini e Vassalli: autori che — forse con le sole eccezioni di Giuseppe Sabatini e Giuliano Vassalli — non avevano partecipato alle diatribe del quindicennio precedente: quindicennio indubbiamente dominato dalla figura di Giovanni Leone. Nemmeno Carnelutti aveva svolto un ruolo importante in quelle discussioni, almeno a giudicare dal dibattito registrato sulle principali riviste penali degli anni Quaranta e Cinquanta (7). È questo un periodo che, sulla spinta del potente messaggio esistenzialistico e antiformalistico dell'ultimo Carnelutti, si apre all'idea di una riforma radicale del codice di rito penale. Il messaggio sarà raccolto dai giovani autori dell'epoca, in particolare da Franco Cordero, che diventerà un alfiere della riforma processuale in senso *adversary*. Il periodo degli anni Sessanta si rivelerà ricco di progetti avveniristici.

---

(7) Dalle ricerche effettuate sulle riviste dell'epoca risultano pressoché inesistenti le prese di posizione sulla riforma processuale penale di un giurista come lui, tanto incline a prender la parola su tutti i temi del momento e che, si badi, nella parte finale del suo insegnamento universitario (1946), all'età di sessantesette anni, si era "convertito" al diritto processuale penale. Unico intervento di questo periodo riguardante la riforma processuale penale è quello apparso su CARNELUTTI 1945, dove si auspica una riforma delle Corti d'assise che restituisca alla giuria popolare la competenza a pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato, sia pur con un pronunciamento dall'effetto soltanto consultivo (non vincolante) per il giudice togato. Una proposta destinata a cadere nel vuoto. Il nome di Carnelutti è pressoché assente anche dai numerosi convegni che alla fine degli anni Quaranta e nel decennio successivo saranno dedicati alla riforma del processo penale. Il suo primo intervento significativo sul tema della riforma processuale risale al 1958: CARNELUTTI 1958, p. 333 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Siamo in una fase di rapide e profonde trasformazioni sociali. L'Italia del *boom* economico è anche quella delle migrazioni interne da Sud a Nord. Si accentuano i processi di urbanizzazione (8), con i disagi, le tensioni sociali e le situazioni di anomia che ne derivano. La tradizione rurale lascia il posto alla moderna cultura dei poli industriali. L'Italia dovrà fare i conti con forme di criminalità inedite e insidiose: aumento della criminalità predatoria, traffico di droga, sequestri di persona, terrorismo interno. Le prassi tradizionali, scarsamente incise dalla "riformetta del 1955" (come la chiamava Carnelutti), ispirate a regole farraginose e prive di sistematicità, appaiono inadeguate sia a fronteggiare la crescita di manifestazioni criminose tipiche della società del benessere, sia a garantire con la dovuta effettività la difesa dell'imputato.

Se si guarda alle iniziative assunte sul terreno della riforma processuale, si constata che nel periodo dal 1962 al 1988 numerosi progetti di riforma sono presentati in parlamento. Il dibattito nella comunità scientifica e fra gli operatori è intenso quanto appassionato. Le proposte cambiano nel tempo, sono diverse e spesso confliggenti fra loro, ma hanno in comune l'idea della riforma radicale e organica del processo: il codice Rocco non va revisionato in alcune parti; va sostituito non già col codice del 1913, ma con un codice nuovo, adeguato alla Costituzione e all'altezza dei tempi moderni. La dottrina favorevole a questo progetto è rappresentata principalmente dagli autori che avevano partecipato alla breve esperienza della Commissione Carnelutti. Vi si aggiungeranno, più tardi, studiosi come Giandomenico Pisapia e Delfino Siracusano, che avranno un ruolo importante nei passaggi successivi della riforma.

Nel frattempo, fra la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta, matura una nuova generazione di giuristi, cresciuta con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e con una chiara consape-

---

(8) Si registra un forte inurbamento, soprattutto nelle città del Nord-Italia. Stando alle rilevazioni sui censimenti Torino passa da circa 700 mila abitanti nel 1951 a più di 1 milione nel 1961 (+ 42 %) a 1 milione e 200 mila nel 1971 (+ 70%). Milano, da 1 milione e 200 mila nel 1951 passa a più di un milione e mezzo nel 1961 (+ 25%) e a più di 1 milione 700 mila nel 1971 (+ 41%). Bologna da 340 mila nel 1951 a quasi 450 mila nel 1961 (+ 30%), a circa 500 mila nel 1971 (+ 47%). Roma, da 1 milione e 600 mila nel 1951 a più di 2 milioni nel 1961 (+ 25%) a quasi 2 milioni 800 mila nel 1971 (+ 75%). Inoltre, fra il 1951 e il 1971, l'Italia passa da 47 milioni a 53 milioni (+13%).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

volezza del valore particolarissimo che spetta alle norme volte a tutelare diritti fondamentali; una generazione ormai interamente conquistata — per questa via — ai valori della Costituzione repubblicana.

Sull'esempio di qualche lungimirante autore attivo anche negli anni Cinquanta (penso soprattutto a Giuliano Vassalli), si sviluppa in questo periodo un cambio di stile nella letteratura processualpenalistica. Basterà qui ricordare gli studi monografici sulla libertà personale di Giuliano Amato, di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza penale; di Vittorio Grevi sul *nemo tenetur se detegere,* di Massimo Nobili sul principio del libero convincimento, di Mario Chiavario su processo e garanzie della persona alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di Giulio Illuminati sulla presunzione di innocenza, di Paolo Ferrua sul principio di oralità. Questi lavori, tutti concepiti quando si discuteva e, per così dire, si "sognava" un nuovo modello processuale, hanno tratto linfa dalle tensioni riformistiche di quegli anni; al contempo hanno accompagnato e favorito la riscrittura del codice, fornendo il supporto teorico e ideale per le soluzioni che si andavano elaborando.

Il terzo periodo si apre nel 1989. Qui possiamo individuare una data precisa: il 24 ottobre, il primo giorno di vita del nuovo codice. Il primo codice dell'Italia repubblicana, come si è soliti ripetere con una frase divenuta una sorta di *refrain*. Esso entra in vigore un anno dopo la sua pubblicazione, in un'Italia politicamente instabile (fra il 1986 e il 1989 la guida del governo cambia per ben quattro volte), con una magistratura in forte crisi di legittimazione (le polemiche intorno al caso Tortora sfociate nel *referendum* del 1987 sulla responsabilità civile dei magistrati) in un contesto internazionale che incubava trasformazioni (la fine dell'Unione sovietica) destinate, di lì a poco, a riflettersi anche sulla situazione politica interna.

L'eccesso di vicinanza impedisce di cogliere in poche, sintetiche battute il senso di questo ventennio. Un ventennio già ricco di vicissitudini sul piano delle riforme processuali che attendono di essere strutturate e sistemate in racconto. Sappiamo come la riforma del 1988 abbia subìto ben presto un serio ridimensionamento. Dopo esser stata, nei decenni precedenti, paladina del garantismo, la Corte costituzionale, forse spinta da una sorta di *ratio compensandi*, con le note sentenze del febbraio e del maggio 1992 si mostra sensibile alle

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

voci lamentose che dalla magistratura (specie quella requirente) si levano a criticare il nuovo assetto normativo.

Ne scaturisce uno squilibrio tra gli agonisti del processo che acuisce in misura patologica i contrasti fra accusa e difesa: contrasti degenerati, verso la metà degli anni '90, in aperta ostilità fra magistratura e classe forense.

Credo che la febbrile attività di riforma della riforma o — se si preferisce — di controriforma, l'incessante produzione di novelle che ritoccano aspetti settoriali del codice di rito trovi spiegazione, almeno in parte, nell'accennato squilibrio fra le parti processuali. Almeno in parte, giacché — a partire dagli anni '90 — pure le legislazioni processuali di ordinamenti non caratterizzati da analoghe tensioni (penso, ad esempio, a Francia, Spagna, Germania, Austria) sono andate assumendo l'aspetto di cantieri sempre aperti.

Altro tratto di questo periodo, peraltro logicamente connesso con l'accennata situazione di continua instabilità normativa (tratto, questo sì, comune all'esperienza di altri ordinamenti), è la crescita di peso del formante giurisprudenziale: la perdita di centralità della legge statale propiziata per un verso dal sindacato costituzionale sulle leggi e, per altro verso, dalla cessione di sovranità derivante dall'inserimento dell'Italia nell'attuale contesto internazionale, esalta il ruolo dell'interprete e, in definitiva, del giudice che applica la norma nel caso concreto.

Ciò si riflette sulla qualità e sullo stile della letteratura odierna, comprensibilmente alla rincorsa dell'ultimo orientamento giurisprudenziale e al commento dell'ultima novella legislativa, da interpretare alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale, della Corte di Strasburgo, della Corte di giustizia delle Comunità europee. Risiede qui, a mio avviso, la ragione dello slittamento della produzione letteraria verso temi settoriali, accentuatamente specialistici e tendenzialmente compilativi. Rare o quasi inesistenti le opere con pretese di sistemazione concettuale, sul tipo di quelle offerte dalla dottrina degli anni '60 e '70. Eppure non mancherebbero spunti per rivisitazioni di temi classici o per riflettere su temi nuovi, quali quelli suggeriti dal valore crescente che per il nostro diritto interno vanno assumendo le decisioni dell'Unione europea così come le norme dei Patti e delle convenzioni internazionali alla luce della giurisprudenza delle Corti europee.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

3. *La riforma processuale nel primo periodo (1944-1961).*

Conviene far coincidere l'inizio del primo periodo con il varo di talune leggi processuali immediatamente successive alla caduta del fascismo. Due anni abbondanti ci separano dal *referendum* istituzionale dal quale nascerà la Repubblica italiana. La retrodatazione si giustifica, perché già in quel periodo la legge processuale subisce modifiche ispirate all'affermazione dei diritti inviolabili della persona.

L'Italia è in guerra. La parte settentrionale ancora occupata dai tedeschi. Lì si pensa addirittura a un giudice speciale (l'alta corte di giustizia) (9) per giudicare i capi del fascismo. Insomma, non proprio il clima ideale per riforme processuali di stampo liberale. Eppure risale al gennaio del 1944 il primo significativo intervento legislativo in tema di fermo di indiziati di reato (10). Nell'agosto dello stesso anno vedono la luce disposizioni legislative di impronta garantista in tema di durata della "custodia preventiva" (11). Nel successivo mese di settembre, il potere di archiviazione del pubblico ministero — espressione di una giustizia penale direttamente condizionata dall'esecutivo e assoggettata alla ragion politica — viene subordinato al controllo del giudice istruttore (12); la difesa dell'imputato nel dibattimento viene meglio garantita (13).

Si coglie in codesti provvedimenti una prima reazione alla cultura giuridica autoritaria del ventennio: si tratta di provvedimenti provvisori, concepiti però nella prospettiva di una riforma dell'intera legislazione penale, percepita allora come imminente oltre che doverosa. Il proposito è formulato *expressis verbis* nel d.lgs.lgt. del settembre 1944: « Fino a quando non siano pubblicati i nuovi codici penale e di procedura penale — si legge nell'art. 1 — sono apportate le modificazioni di cui agli artt. seguenti al codice penale e al codice di procedura penale ».

---

(9) Istituita con il d.lgs.lgt. 13 settembre 1944, n. 198.

(10) R.d.l. 20 gennaio 1944, n. 45 recante "Norme relative al fermo di indiziati di reato e di individui pericolosi per l'ordine sociale e la sicurezza pubblica".

(11) Art. 6 d.lgs.lgt. 10 agosto 1944, n. 194.

(12) L'art. 6 d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 288 modifica l'art. 74 c.p.p. 1930.

(13) L'art. 7 modifica gli artt. 468 e 469 c.p.p. 1930, sopprimendo i limiti temporali originariamente previsti per le arringhe difensive.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Del resto, che la caduta del fascismo — per le circostanze nelle quali era avvenuta — comportasse il ripudio degli eccessi autoritari dei quali la giustizia penale era intimamente compenetrata è opinione diffusa anche presso giuristi di stampo conservatore. « Il problema della riforma dei codici pubblicati fra il 1930 e il 1942 si presentò come immediato atto impulsivo sin dal mattino del 26 luglio 1943 », scriveva Remo Pannain nel 1945. Anche se subito sotto aggiungeva: « Quel giorno tutto era spiegabile e giustificato. Poi subentrò la freddezza e la riflessione e il problema cominciò ad essere discusso in maniera diversa » (14).

In effetti, il primo impulso era stato quello di un ritorno al passato pre-fascista. La commissione istituita nel gennaio 1945 dal ministro Tupini si era espressa a maggioranza per un ritorno al codice del 1913 « con l'impegno di aggiornarlo » (15). Le componenti accademica e giudiziaria, minoritarie, erano invece favorevoli al mantenimento della legislazione vigente, debitamente depurata delle spigolosità autoritarie che il fascismo vi aveva introdotto.

Fra gli avversari del ritorno al passato si distinse in particolare Giovanni Leone. Significativo l'*incipit* di un suo intervento risalente al 1945: « Questo scritto mira a dimostrare come, ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale, sia stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani » (16).

Una simile posizione, condivisa e difesa da altri autorevoli giuristi dell'epoca, come Remo Pannain (17), Francesco Santoro Passarelli (18), Piero Calamandrei (19), Giuseppe Sabatini (20), finirà

---

(14) Pannain 1945, p. 5.

(15) Così riferisce Pannain 1945, p. 57.

(16) Leone 1945, p. 23.

A conclusioni analoghe giungeva, con riguardo al diritto penale del fascismo, Delogu 1945, dove si legge che « … le linee fondamentali del codice non sono inspirate a principi contrastanti con un regime di libertà, mentre le infiltrazioni politiche riguardano più che altro questioni di dettaglio o singole figure di reati ». (p. 193).

(17) Pannain 1944, p. 35 ss.

(18) Santoro Passarelli 1945.

(19) Calamandrei 1945.

(20) Sabatini 1945.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

con l'imporsi negli anni successivi. Nel Congresso nazionale giuridico-forense del 1947 dedicato proprio alla riforma del codice di procedura penale, Giovanni Leone traccia le linee sulle quali lavoreranno, negli anni seguenti, le commissioni ministeriali impegnate nella revisione delle leggi penali fasciste. L'idea è sempre quella di salvare il codice di rito del 1930, innestandovi le modifiche necessarie a renderlo compatibile con i postulati dello Stato democratico (21). Leone propone mutamenti che toccano la struttura stessa del processo (abolire l'istruzione sommaria; garantire l'istruzione formale per la generalità dei processi; ampliare i casi di citazione diretta a giudizio; riformare in senso garantista la disciplina delle impugnazioni) e toccano altresì le funzioni dei soggetti processuali (il pubblico ministero va alleggerito dei poteri spettanti al giudice; il ruolo del difensore va rafforzato anche attribuendogli « una certa sfera di documentazione di avvenimenti a lui noti »; alla persona offesa va riconosciuto il diritto a un'azione penale sussidiaria rispetto a quella del pubblico ministero). Mutamenti pesanti e profondi, sui quali è difficile trovare l'intesa sia dei politici sia degli operatori. Per questo, il convegno si chiuderà con una lunga mozione in 45 punti, dove si auspicano le modifiche reputate indifferibili per un'adeguata tutela dei diritti individuali: spiccano, in particolare, il diritto del difensore a partecipare a taluni atti dell'istruzione formale; il ripristino delle nullità assolute, come argine ai possibili abusi dell'autorità giudiziaria; l'imposizione di termini perentori alla durata della custodia preventiva; la facoltà di impugnare i provvedimenti limitativi della libertà personale; l'abolizione dell'obbligo per il latitante di costituirsi in carcere quale presupposto di ammissibilità dell'impugnazione; l'obbligo del giudice di pronunciarsi sulle istanze delle parti private.

Sono, questi, i punti che caratterizzeranno i progetti di riforma coltivati dalle commissioni ministeriali attive nei primi anni '50, nelle quali Giovanni Leone eserciterà la sua indiscussa *leadership*.

Tale il disegno di legge presentato dal ministro Zoli alla Camera dei deputati nella seduta del 13 novembre 1952 (22): il primo fra i

(21) LEONE 1947, p. 442 ss.

(22) La relativa relazione è pubblicata in *Arch. pen.* 1952, p. 406.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

progetti di riforma processuale elaborato tenendo conto anche della Costituzione repubblicana entrata in vigore quattro anni prima. Approvato da un solo ramo del Parlamento nello scorcio finale della legislatura (23 marzo 1953), il d.d.l. in questione viene ripresentato sul limine della successiva legislatura, con qualche emendamento favorevole alla difesa e alle parti (23). Finalmente il progetto diventa legge nel giugno 1955. La legge 19 giugno 1955, n. 517, prima grossa riforma del nostro processo penale, entra in vigore a metà luglio dello stesso anno. Essa sostituisce ben centodiciotto articoli del codice di rito e ne introduce diciotto di nuovi. Ma, al di là dei numeri, la riforma del 1955 altera l'equilibrio fra individuo e autorità: così viene percepita persino nell'opinione degli accademici.

L'estensione di garanzie difensive allarma i primi commentatori. Secondo Remo Pannain, « la legge che entra in vigore il 15 luglio, inspirata a principi demagogici di cattiva lega, trascura del tutto l'interesse dello Stato e si prodiga in inchini e riverenze nei confronti dei delinquenti » (24). Alfredo De Marsico, pur compiacendosi delle accresciute garanzie difensive, si mostra preoccupato per il notevole aumento di attività giudiziaria che ne deriva e per le conseguenti disfunzioni nell'esercizio della giurisdizione (25).

Nell'aprile del 1956 comincia ad operare la Corte costituzionale, destinata ad avere un ruolo di primissimo piano nella tutela dei diritti individuali, in quella zona di confine per la loro tutela rappresentata dal diritto processuale penale. È meritevole di segnalazione la circostanza che, fra le 34 decisioni di quel primo anno d'attività, nessuna riguardi il codice di rito penale (molte sono riferite al testo unico di pubblica sicurezza; altre a norme penali sostanziali). Bisogna dunque riconoscere che al primo impatto con la concreta applicazione della Carta costituzionale, la riforma maturata l'anno precedente rivela una sua indubbia capacità di tenuta.

Nella seconda metà degli anni '50 si parla meno di riforma processuale. Negli indici delle riviste il tema non occupa più lo spazio

---

(23) Come affermato dal ministro De Pietro 1954, p. 569 ss.

(24) Pannain 1955, p. 371.

(25) De Marsico 1955, p. 482.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riservatogli nella prima metà del decennio. L'attenzione si rivolge ora alla riforma del diritto penale e dell'esecuzione penale (26)

Bisogna attendere qualche anno, prima che affiori, all'inizio del decennio successivo, l'insoddisfazione per l'eccessiva complicatezza della legge processuale novellata, nella quale si ravvisa la causa di intollerabili lungaggini. Il tema prevalente diventa, pertanto, la struttura del processo, le finalità delle singole fasi, la distribuzione di poteri e facoltà tra i soggetti processuali. L'accento si sposta dai diritti e relativa tutela alle funzioni processuali e relative situazioni soggettive.

A dar voce all'insoddisfazione è Francesco Carnelutti, in un convegno veneziano da lui stesso organizzato nel settembre 1961 (27).

Come accennato in precedenza, Carnelutti aveva praticamente disertato le discussioni e le diatribe dottrinali sfociate nella riforma del 1955 (28). Resta assai misteriosa la ragione che lo spingerà, già molto anziano, a dedicare le proprie energie alla riforma del processo penale. A spiegarla, almeno in parte, contribuisce la circostanza che Giovanni Leone, divenuto proprio nel 1955 presidente della Camera dei deputati, era stato costretto ad abbandonare il campo. Egli non poteva più esercitare — sul piano dottrinale — l'influenza avuta nelle discussioni degli anni precedenti (29). Nessuno, fra i giuristi dell'epoca, aveva osato o era stato in grado di occupare la posizione di preminenza che Leone si era conquistato. All'inizio degli anni '60 ci provò e ci riuscì Francesco Carnelutti, il quale — oltretutto — nutriva scarso apprezzamento verso il collega-rivale napoletano (30).

---

(26) Ad alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale sono dedicati, ad esempio, i convegni nazionali di studio organizzati nel 1958 e nel 1959 dal "Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale".

(27) Si veda il resoconto che ne dà De Luca 1961.

(28) Vedi tuttavia l'intervento al convegno dell'aprile 1953, dove Carnelutti (sorprendentemente, se si pensa all'iniziativa che intraprenderà circa dieci anni più tardi) invita a diffidare del modello accusatorio, « pericoloso perché siamo troppo intelligenti in Italia »; cfr. *Atti del Convegno Nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale* (1954), p. 81.

(29) Leone viene eletto presidente della Camera il 10 maggio 1955 e riceverà altri due mandati nelle legislature successive (fino al 15 maggio 1963).

(30) Il difficile rapporto fra i due grandi processualisti emerge con tutta evidenza nello scritto Leone 1962, p. 15 ss. Con toni caustici, Leone rimprovera il collega di aver

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

4. *Secondo periodo: dal progetto Carnelutti all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale (1962-1989).*

Il convegno veneziano voluto da Carnelutti segna dunque una ripresa d'interesse sulla riforma processuale penale, pur limitata, per il momento, a pochi, selezionati interlocutori (31). Qualche mese più tardi, nel gennaio del 1962, il ministro della giustizia Gonella, presente a quel convegno, istituirà una commissione per la riforma del codice di rito penale e chiamerà proprio Carnelutti a presiederla (32). Dominata dall'invadente personalità del presidente, quella commissione opererà con scarso senso della collegialità (33). Dopo una prima riunione nel febbraio 1962, Carnelutti si impegna a redigere molto rapidamente uno "schema originale" che, riveduto dal magistrato di cassazione Nicola Reale e da Giuliano Vassalli, sarà poi ampiamente emendato e presentato alla Commissione nelle successive riunioni del maggio e del settembre 1962.

Il contesto politico-sociale non è più quello degli anni '50. Diverso è inoltre l'approccio intellettuale al tema della riforma processuale. L'iniziativa di Carnelutti risulta molto innovativa rispetto alle discussioni degli anni precedenti, limitate — come s'è visto — all'alternativa di un ritorno al passato (codice del 1913) ovvero di

---

recensito il suo *Trattato di diritto processuale penale*, senza nemmeno averlo letto. Ma la critica più severa (e amara) è riservata al modo sprezzante col quale Carnelutti parlava di Leone come colui « che insegna, *nientemeno,* la nostra materia all'Università di Roma » (CARNELUTTI 1960, p. 2).

Dal canto suo, Giovanni Leone giudicherà molto severamente lo sforzo riformistico di Carnelutti. Si veda quanto riferisce al riguardo PISANI 2010, p. 88, note 12 e 13.

(31) Più che un convegno, un seminario condotto con la tecnica del *brain-storming,* al quale partecipano, oltre allo stesso Carnelutti, accademici (Bellavista, Conso, Cordero, De Luca, De Marsico, G. Foschini, C. Massa, Pannain, Petrocelli, Pisapia, Gius. Sabatini e Vassalli), alcuni dei quali anche nella veste di avvocati nonché magistrati locali e di Cassazione (Cabrini, Caprioglio, A. Foschini, Grieco, Lattanzi, Liguori, Loschiavo, Piacenza, Scandellari, Velotti, Vista e Zingale).

(32) Il nesso fra il convegno veneziano e l'idea di una nuova commissione per la riforma processuale è attestato dallo stesso Carnelutti (cfr. CARNELUTTI 1963, p. 5, che riproduce il progetto da lui redatto).

Sulla commissione Carnelutti e sull'atmosfera che vi si respirava è di notevole interesse l'eccezionale testimonianza offerta da VASSALLI 2010, p. 9 ss.

(33) Come ammette lo stesso Carnelutti (in CARNELUTTI 1963, p. 5). L'esperienza di codesta Commissione è efficacemente ricostruita da MAZZA 2010, p. 153 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

una riforma del codice esistente per adeguarlo ai principi della Costituzione. Non aveva raccolto adepti l'idea di un nuovo codice di rito penale, reso necessario dal mutato clima politico nell'Italia repubblicana, conquistata ai valori democratici (34).

Carnelutti muove dall'esigenza di un profondo cambiamento, benché nemmeno lui sembri preoccuparsi della ragione politica della riforma. « Io sono convinto — scrive nell'*Introduzione* allo schema del suo progetto — che lo studio del diritto processuale perseguito in Italia negli ultimi trent'anni consenta, anzi esiga, una modificazione dei principii, sui quali è fondato il codice vigente, così profonda che non è possibile provvedere a un restauro del codice stesso, del quale è invece necessaria una coraggiosa ricostruzione ».

Composto di 227 articoli, lo schema carneluttiano è un punto di svolta nella storia della riforma processuale italiana. Esso si caratterizza soprattutto per la risistemazione del procedimento di primo grado, dove si stabilisce una separazione netta tra « inchiesta preliminare del pubblico ministero » (finalizzata alla elaborazione dell'accusa) e « fase definitiva del processo di cognizione » (finalizzata alla decisione di merito). Si abbandona così il modello — ispirato al *code d'instruction criminelle* del 1808 — divenuto tradizionale anche in Italia grazie al suo affermarsi nelle tre codificazioni dell'Italia unitaria (1865, 1913 e 1930).

Nelle parole dell'autore, l'esigenza di cambiamento ha radice intellettuale e teorica (« lo studio del diritto processuale ») più che politico-costituzionale. A evidenziare ed enfatizzare il valore politico della rivoluzionaria proposta di riforma contribuirà poi, con efficaci argomenti, Franco Cordero, uno dei membri (il più giovane) della Commissione Carnelutti. L'occasione è data dal convegno dedicato ai *Criteri direttivi per una riforma del processo penale,* organizzato dal centro nazionale di prevenzione e difesa sociale e destinato a svolgersi in due tempi: nel maggio 1964 a Lecce e nel successivo ottobre a Bellagio.

Nella mozione conclusiva si prende atto della difformità d'opi-

---

(34) L'idea trova pochi fautori: fra questi, GUARNERI 1950, p. 453 ss., autore sottovalutato, docente di procedura penale all'Università di Parma, che denuncia il considerevole iato tra diritto vigente e diritto preannunciato dalla carta costituzionale e reputa del tutto insufficienti le iniziative fin lì discusse e intraprese per colmarlo.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nioni registrata intorno al modo di condurre la fase preliminare del processo. Tutti concordano sull'opportunità di abolire il dualismo istruttorio (all'istruzione formale, affidata al giudice istruttore, era giustapposta l'istruzione sommaria, affidata al pubblico ministero). Le opinioni differivano tuttavia con riguardo al modo per attuare la semplificazione. Tre orientamenti si dividevano il campo: (a) abolire l'istruzione sommaria e mantenere l'istruzione formale con adeguate garanzie per la difesa (proposta di Pietro Nuvolone alla quale aderiva anche Giovanni Leone); (b) abolire l'istruzione formale e generalizzare l'istruzione sommaria, con le garanzie difensive imposte dall'art. 24 Cost. (proposta dei magistrati Giuseppe Altavista e Girolamo Tartaglione appoggiata anche da Giovanni Conso); (c) introdurre l'inchiesta preliminare di matrice carneluttiana (proposta di Franco Cordero) (35).

In quello stesso periodo riprendono, febbrili, iniziative di riforma sul terreno parlamentare. Lo schema di Carnelutti non si traduce in proposta legislativa. Si afferma però l'idea che il codice vada ricostruito, riscritto per intero, non soltanto revisionato in alcune sue parti. La pur ampia riforma del 1955 appare insufficiente ad assicurare la necessaria efficacia dell'azione repressiva e, al contempo, inadeguata ad attuare i principi della Costituzione con i diritti inviolabili dalla stessa riconosciuti. La riscrittura del codice consiglia una divisione del lavoro tra parlamento e governo: strumento adeguato a tal fine è la legge-delega, mai sperimentata fino all'inizio degli anni Sessanta. La prima è del 1963 e riguarda tutti e quattro i codici. Ma solo la delega relativa al codice di procedura penale sarà coltivata negli anni successivi. Fra il 1963 e il 1974 si contano una diecina di deleghe proposte dal parlamento ai molti governi susseguitisi. Le tredici direttive elencate nel disegno di legge presentato alla Camera dei deputati dal ministro Bosco il 10 ottobre 1963 (36)

---

(35) Per bravura di relatori ed efficacia di interventi, il convegno di Lecce-Bellagio raggiunse vette qualitative forse non più eguagliate nei dibattiti (numerosissimi) sulla riforma processuale. Gli atti sono pubblicati in *Criteri direttivi* 1965. La mozione conclusiva è riportata alle p. 405-406.

(36) Il testo, con la relazione, è pubblicato in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, p. 110 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

lievitano a 85 nella delega legislativa approvata finalmente in via definitiva dal Senato il 3 aprile 1974 (37).

Si afferma altresì l'idea che la riforma processuale sia essenzialmente una questione di equilibrio tra le forze in campo. In tutti i progetti di questo periodo si auspica l'attuazione di un sistema accusatorio, si persegue la parità fra le parti, si celebrano le garanzie difensive anche nella fase preliminare del processo, si esaltano il contraddittorio, l'oralità, la concentrazione nella fase di merito. Fra i diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione, lo spazio preponderante spetta senza dubbio al diritto di difesa. Espanderlo oltre i limiti assicurati dalla citata riforma del 1955 comporta la messa in discussione del sistema "misto" o "bifasico", che quella riforma aveva inteso preservare.

Proprio in questo rilievo risiede — a mio avviso — la ragione che ha spinto il legislatore a progettare un nuovo codice di procedura penale, anziché proseguire nella riforma di quello vigente. Proseguire sulla via del *garantismo inquisitorio* — per riprendere l'icastica espressione coniata da Ennio Amodio — significava accrescere l'importanza della fase istruttoria e, al contempo, aggravarne l'ipertrofia.

Anche la Corte costituzionale si muove lungo la linea di una progressiva affermazione del diritto di difesa nella fase investigativa. La sua giurisprudenza negli anni '60, permetterà di ampliare considerevolmente le garanzie di partecipazione del difensore nell'istruzione formale, in quella sommaria e persino nella cosiddetta fase preistruttoria condotta dalla polizia. Anche qui, la norma che ricorre più spesso quale parametro nelle valutazioni di illegittimità, è l'art. 24 comma 2, spesso combinato con l'art. 3, al fine di censurare irragionevoli disparità di trattamento fra le posizioni dell'imputato nelle diverse fasi del procedimento o per ridurre la distanza fra difensore e pubblico ministero. Ben più sporadici gli interventi fondati su asseriti contrasti della legislazione ordinaria con altri diritti inviolabili quali libertà personale, libertà e segretezza di comunicazione e corrispondenza, presunzione d'innocenza. Anche

(37) Legge 3 aprile 1974, n. 108. Testo e relazione in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1974, p. 400 ss. Una ricostruzione molto ben documentata degli atti parlamentari sfociati nella l. delega del 1974 è offerta da CONSO 1989, p. 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nella mente dei giudici rimettenti si è dunque instillata l'idea che l'adeguamento ai valori costituzionali passa, essenzialmente, per un'attuazione del diritto di difesa e, in ultima analisi, per una modifica degli equilibri fra accusa e difesa. L'enfasi sulla garanzia difensiva costituisce un tratto tipico nell'evoluzione recente della nostra procedura penale; un tratto non riscontrabile nella coeva e similare esperienza di altri ordinamenti come, ad esempio, quello germanico (38).

La delega del 1974, nell'*incipit* dell'art. 1, "promette" un articolato definitivo del nuovo codice di procedura penale « entro due anni dall'entrata in vigore della presente legge ». Redatto da una Commissione presieduta dal prof. Giandomenico Pisapia, l'articolato sarà pronto con due anni di ritardo, nel 1978, in un momento assai poco propizio per riforme dal sapore garantistico. Siamo in piena emergenza antiterrorismo. Un'emergenza che già da qualche anno aveva trovato riscontro sul piano delle iniziative legislative. È curioso osservare che, a una settimana dall'approvazione della legge-delega per la riforma del processo, il governo vara un decreto-legge contenente « Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale » (39) per fronteggiare l'allarmante fenomeno dei sequestri di persona a scopo di estorsione: sarà la prima di una lunga serie di leggi d'emergenza approvate nel corso degli anni '70.

Eppure, l'inversione di tendenza non fa venir meno la tensione verso la riforma processuale. Accade che alcuni provvedimenti emergenziali facciano — per così dire — tesoro di talune proposte tradotte in direttive di legge-delega o in articoli elaborati e discussi dalla Commissione Pisapia. È il caso, ad esempio, della l. n. 152 del 1975 (la cosiddetta legge Reale, una delle più controverse leggi d'emergenza) che, traendo spunto da una direttiva della delega del 1974, riconosce alla "tutela della collettività" il rango di possibile

---

(38) Dove il *Bundesverfassungsgericht*, a partire dal 1952, ha per così dire bonificato la legislazione processuale facendo leva sul principio di proporzionalità (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) alla luce dell'esigenza di tutelare la dignità (*Menschenwürde*: art. 1 *Grundgesetz*) di tutte le persone a qualsiasi titolo coinvolte nel processo (non del solo imputato).

(39) D.l. 11 aprile 1974, n. 99 (conv. nella l. 7 giugno 1974, n. 220).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

esigenza cautelare (40) con anticipo sulla riforma processuale (41). E un discorso analogo vale per la l. n. 534 del 1977 (Modificazioni al codice di procedura penale) che modifica la disciplina delle nullità nel senso previsto dalla Commissione Pisapia. Insomma, il periodo emergenziale non fa tramontare il disegno di riforma processuale, anche se nel 1979, il ministro della giustizia (Morlino) — come ricorda Vassalli — « sospese i lavori a causa delle modifiche sopravvenute nella legislazione speciale » (42).

Oggi possiamo dire che il momento per l'approvazione del nuovo codice fu solo rinviato di qualche anno. I lavori riprenderanno verso la fine del 1983, finita l'emergenza terroristica, per iniziativa del ministro della giustizia Martinazzoli, il quale istituirà una commissione presieduta di nuovo dal prof. Pisapia, in segno di continuità con l'esperienza maturata sulla legge-delega del 1974 e sfociata nel ricordato progetto preliminare del 1978.

La nuova delega, ricca di ben 105 direttive, è pronta nel febbraio 1987 (43) e meno di un anno sarà sufficiente per redigere il corrispondente progetto preliminare di nuovo codice (44). A fine settembre del 1988 è pronta la versione definitiva del nuovo codice, pubblicata poi il 24 ottobre su un supplemento ordinario della Gazzetta ufficiale.

La rapidità di redazione si spiega col fatto che la Commissione Pisapia attinge largamente ai risultati del decennio precedente. Ma ciò non spiega tutto. Credo che il varo del nuovo codice sarebbe stato assai più difficile e faticoso, se in quel periodo — come accennato in precedenza — la magistratura italiana non fosse pre-

---

(40) Precisamente la direttiva n. 54 dell'art. 2 l. delega 1974. Il particolare è rilevato da Corte cost. 1/1980, che dichiara parzialmente illegittimo l'art. 1 della citata l. n. 152 del 1975.

(41) Oltretutto, la natura eccezionale e temporanea della stessa "legge Reale" è ben presente alla consapevolezza dei compilatori, quando scrivono, nell'art. 35, che « le disposizioni della presente legge si applicano sino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale ».

(42) VASSALLI 2010, p. 12.

(43) Approvata con l. 16 febbraio 1987, n. 81.

(44) In data 29 gennaio 1988 il testo del progetto preliminare viene trasmesso dal Consiglio dei ministri ai due rami del parlamento per l'esame da parte della commissione incaricata di esprimere il parere di conformità alle direttive della legge delega.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

cipitata in una forte crisi di legittimazione. Le discussioni e le polemiche seguite al caso Tortora (1983) e la conseguente iniziativa referendaria sulla responsabilità civile dei magistrati (1987) prepararono, a mio avviso, il terreno per attuare quella radicale riforma processuale della quale si parlava da quasi trent'anni senza esser capaci di tradurla in norma effettiva.

Entrato in vigore il 24 ottobre 1989, il nuovo codice di rito penale rivela una notevole affinità con l'idea carneluttiana dell'inchiesta di parte. L'idea-guida è quella di una marcata separazione tra fase preliminare e fase del giudizio. L'attuazione del diritto di difendersi è perseguita attraverso un riequilibrio nei rapporti di forza fra accusa e difesa. Il pubblico ministero è signore incontrastato dell'indagine preliminare, ma le conoscenze da lui acquisite servono, di regola, al solo fine di preparare l'accusa e poi sostenerla con prove e buoni argomenti davanti al giudice del dibattimento. La separazione tra fase preliminare e fase di merito cambia i rapporti fra i soggetti processuali in quel campo di forze che è l'agone processuale. Ben presto si capirà che il nuovo equilibrio faticherà ad affermarsi a causa delle resistenze incontrate all'interno dell'ordine giudiziario.

5. *Terzo periodo: l'esperienza del primo codice dell'Italia repubblicana (1989-2010).*

Più di vent'anni ci separano dall'entrata in vigore del primo codice dell'Italia repubblicana. Un tempo che offre abbondante materiale di riflessione nella prospettiva che qui interessa, quella della riforma processuale attuate sotto il segno dei diritti individuali.

Il contesto politico-sociale è segnato dalla fine della guerra fredda e dalla successiva globalizzazione dei mercati, che trascina con sé trasformazioni atte a incidere profondamente sulla sovranità dello Stato e, quindi, sulla qualità delle fonti normative (45).

Quanto allo stile dottrinale, è difficile individuarne uno che

(45) Il fenomeno della progressiva perdita di pregnanza del diritto statuale nell'era della globalizzazione riguarda ogni settore dell'esperienza giuridica, non escluso, ovviamente, il campo penale, così esposto ai venti della politica. Per istruttive riflessioni sulla portata del fenomeno si vedano gli studi di Ferrarese 2010, alla quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sui riflessi che la globalizzazione economica è capace di irradiare

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

appaia oggi prevalente negli studi processualpenalistici. Ancora una volta, l'eccesso di vicinanza nuoce. Si può comunque rilevare come l'entrata in vigore del nuovo codice e le numerose modifiche che ne sono seguite abbiano imposto agli studiosi una frenetica attività di commento e aggiornamento a carattere essenzialmente esegetico, lasciando poco tempo per l'analisi o la rivisitazione sistematica degli istituti. Inoltre, s'è persa quella tensione verso il nuovo che caratterizzò i tre decenni precedenti la riforma del 1988 e che ispirò i migliori saggi monografici di quel periodo. La diagnosi dell'odierno stile dottrinale appare difficoltosa, ma c'è spazio almeno per un auspicio. Un ritorno al tecnicismo del primo periodo è improponibile, essendo ancora attuali le ragioni che indussero molti autori negli anni '60-'70 del secolo scorso ad abbandonare tale indirizzo metodologico. Ma anche l'approccio costituzionalistico tipico del secondo periodo mostra, in questo momento, i suoi limiti. La presenza di normative sopranazionali direttamente applicabili dal giudice italiano e il peso che, per il diritto interno, vanno assumendo le Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo), pongono nuove sfide sul terreno della riflessione teorica. La molteplicità e varietà delle fonti normative complica l'esegesi e rende la ricostruzione sistematica degli istituti assai più impegnativa di quel che questa non fosse quando tutto era regolato dalla legge statale. La classificazione dei principi regolatori del processo penale va riveduta alla luce anche delle norme comunitarie e degli argomenti sviluppati nella giurisprudenza delle Corti europee. Al qual riguardo è utilissima la comparazione con altre realtà (almeno quelle più importanti in Europa), per maturare quella giusta distanza che consenta di guardare dall'esterno il nostro ordinamento processuale. Quella distanza straniante che permetta di coglierne i nessi profondi con visioni culturali, politiche, religiose magari affini eppur diverse dalla nostra, sì da porsi quali condizioni pregiuridiche di soluzioni normative considerate ovvie e irrinunciabili, se percepite nel ristretto orizzonte del diritto interno (46). Per le stesse ragioni appare essenziale anche la

---

sulle istituzioni pubbliche nazionali. Si vedano, inoltre, sul declino dello Stato nazionale CASSESE 2002 e GROSSI 2006, p. 279 ss.

(46) La letteratura processualpenalistica italiana sconta un certo ritardo sul terreno delle comparazione sincronica. A parte alcune felici eccezioni (riguardanti soprattutto il

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

comparazione storica, dalla quale possono scaturire preziosi contributi circa la genesi e l'evolversi degli istituti processuali. Importante, infine, lo studio dei risultati che il sistema di giustizia penale concretamente produce, giacché la bontà di una norma o di un indirizzo giurisprudenziale non possono essere valutate solo per la loro coerenza con principi astratti, se poi questi vengono disattesi nella quotidianità. La procedura penale è una scienza pratica che deve saper dire la sua circa l'opportunità di certe soluzioni tecnico-normative, anche valorizzando i dati quantitativi (ad es. sulla quantità di prescrizioni, o di archiviazioni o di accessi al patteggiamento etc.).

Infine, l'impostazione riformista. Il primo codice dell'Italia repubblicana è nato nell'"età della decodificazione". Una battuta paradossale che però corrisponde alla realtà delle cose. Anche per il diritto processuale — che ben più dei diritti sostanziali aspira a una regolamentazione coerente ed unitaria — la forma "codice" si rivela essere un contenitore stretto, angusto. L'opera portata a termine nel 1988 è ben lontana dall'essere quel modello di completezza duraturo nel tempo rappresentato, ad esempio, dal codice del 1930, rimasto pressoché invariato per circa un quarto di secolo. Questo è il tempo delle incessanti riforme propiziate da una molteplicità di fattori difficilmente controllabili, di carattere sia giuridico (moniti o declaratorie di illegittimità della Corte costituzionale, condanne della Corte di Strasburgo, decisioni della Corte di giustizia UE, decisioni

---

raffronto con gli ordinamenti di *common law*) c'è stata finora scarsa propensione per quei sistemi di giustizia penale stranieri appartenenti alla tradizione di *civil law* e, quindi, più facilmente comparabili con il nostro. Diversamente, le dottrine del processo civile a partire da Giuseppe Chiovenda e ancor prima con Ludovico Mortara, hanno tratto linfa vitale dalla comparazione: al proposito, si veda la bella e istruttiva sintesi di Denti 1979, p. 334 ss. Oggi quel ritardo va colmato per ragioni non solo culturali, ma anche pratiche. Si pensi all'applicazione del mandato d'arresto europeo, quando si debba stabilire se dal diritto straniero derivino ostacoli alla consegna dell'estradando (esemplare, al riguardo, Cass. s.u. 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci). E, ancora, si pensi alle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna uno Stato straniero per violazioni del *fair trial*: occorre avere una sufficiente conoscenza dell'ordinamento processuale nel quale la violazione è maturata, per capire se gli argomenti esposti in quella condanna possano fornire anche al difensore italiano spunti favorevoli al proprio assistito. E rilievi analoghi valgono per le decisioni della Corte di giustizia europea, che risolvano questioni pregiudiziali relative a norme di ordinamenti stranieri.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

quadro e direttive comunitarie) sia extragiuridico (campagne di stampa portatrici di un allarme sociale che il politico di turno si sforza di sedare mettendo mano alla leva del diritto e del processo penale). Nel tempo che ci separa dal 24 ottobre 1989 si sono registrate numerose revisioni della legge processuale. Quella delle riforme settoriali sembra essere, al momento, l'unica via rimasta per revisionare la legge processuale (47). L'aspirazione verso un nuovo codice ha bisogno di una nuova utopia capace di misurarsi su tempi lunghi. E quella che stiamo vivendo non è epoca di utopie, ma di bilanci a breve termine che esigono atteggiamenti pragmatici.

Insomma, chi credeva che il nuovo codice, grazie alla sua coerenza sistematica, avrebbe contribuito a stabilizzare le norme regolatrici del processo penale è stato smentito. In realtà, dopo la riforma, cresce l'instabilità normativa (48) e si accentua altresì l'incertezza sugli scenari futuribili. Comprensibilmente, l'innovazione scioglie la tensione ideale, il senso di utopia, che aveva attraversato gli anni precedenti, almeno a partire dallo "schema Carnelutti". All'euforia del nuovo si contrappone ben presto il timore depressivo dell'ignoto. L'entusiasmo della fase progettuale lascia posto alle reali necessità di far funzionare la "macchina della giustizia" (49). La

---

(47) Due tentativi intrapresi di recente di ricompilare il codice del 1988 sono rimasti senza esito. Nel 2005, la Commissione ministeriale presieduta dal prof. Andrea Antonio Dalia ha riscritto il codice di procedura penale, nel tentativo di riordinare e razionalizzare una normativa che s'era andata sfilacciando. L'articolato non è stato però mai fatto oggetto di un'iniziativa legislativa. Analoga sorte ha subito il disegno di legge delega portato a termine dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio nel febbraio 2008.

(48) Un giornalista de *Il Sole - 24 ore* (edizione del 30 novembre 2009, p. 9) ha calcolato che, nei suoi primi vent'anni, il codice ha subito complessivamente 1.016 modifiche, 846 per iniziativa del legislatore e 170 a seguito di pronunce della Corte costituzionale.

(49) Nell'interessante saggio *Processo penale* (1997) Ennio Amodio è incline a vedere nella circostanza che la fase *post-codicem* fu gestita dagli apparati ministeriali la ragione del repentino fallimento del nuovo codice. Diversamente sarebbero andate le cose — secondo Amodio — se gli accademici, i "giuristi", non fossero stati estromessi dal dialogo con le istituzioni nella delicata fase di prima applicazione della riforma (cfr., in particolare, p. 380-383). A me pare, però, che la reazione negativa al nuovo codice venne, all'epoca, più dai magistrati attivi negli uffici giudiziari, che da quelli operanti presso l'ufficio legislativo del ministero della giustizia.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riforma diventa terreno di scontro fra chi intende difenderla e magari completarla in senso garantistico e chi la avversa, perché vi ravvisa un cedimento al delitto, letale per la società. Di qui i molti tentativi, spesso riusciti, di riformare la riforma, con interventi particolaristici, quasi sempre "giustificati" da concrete vicende processuali o da scandali capaci di scuotere l'opinione pubblica.

La lunga sequela di modifiche che ne risulta, priva di un'ideale linea-guida, risulta persino difficile da illustrare. È tuttavia possibile distinguere alcune fasi nell'evoluzione normativa di questo terzo, tortuoso periodo.

Per comodità espositiva suggerisco una suddivisione in quattro tempi: il "triennio sperimentale" (fino al 1992); "l'epoca di Mani pulite", dal 1992 al 1997; "l'epoca del giusto processo", dal 1997 al 2001; "l'epoca dell'ossessione securitaria e l'apertura allo spazio giuridico europeo", dal 2001 ai giorni nostri.

5.a) *Il triennio sperimentale (1989-1992).*

La legge-delega del 1987 (art. 7) attribuiva al governo il potere di emanare « norme integrative e correttive, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dagli artt. 2 e 3 » entro tre anni dall'entrata in vigore del codice. Consapevole delle difficoltà che l'applicazione della nuova legge processuale avrebbe incontrato nella pratica, il legislatore aveva opportunamente sancito l'ultrattività della legge-delega. Ciò al fine di consentire, per la via rapida del decreto delegato, quelle correzioni o aggiunte, in corso d'opera, che la pratica applicazione della nuova normativa avesse richiesto. Di questa *chance* il governo profitterà una sola volta, per aggiustamenti numerosi, ma di scarsa importanza (50). Ben più importanti sono le novità che stanno maturando nel vivo confronto fra i soggetti processuali.

L'entrata in vigore del codice determina — come detto — significativi cambiamenti nei rapporti di forza interni all'accertamento penale. Cambiamenti che si scontrano con prassi e mentalità coltivate e a lungo sedimentate sotto il codice previgente. Ora sono

(50) Con il d.lgs.14 gennaio 1991, n. 12 (Disposizioni integrative e correttive della disciplina processuale penale delle norme ad essa collegate).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

soprattutto i magistrati del pubblico ministero a lamentare l'irragionevolezza del nuovo impianto codicistico. Criticano apertamente la rigida separatezza fra fase preliminare e fase del giudizio. Denunciano l'assurdità di taluni divieti probatori che rendono difficoltoso sostenere con successo l'accusa in giudizio. Il disagio si traduce nella sollecitazione a sollevare questioni di illegittimità davanti alla Corte costituzionale, allo scopo di superare la divisione tra indagine preliminare e dibattimento; una divisione essenziale per l'equilibrio del sistema, perché costituiva l'architrave del nuovo ordinamento processuale. Ben presto, il destino del processo riformato è nelle mani dei giudici costituzionali. Nel 1992, con tre note sentenze (n. 24, n. 254 e n. 255), la Corte attua una vera controriforma del nostro diritto processuale. Il governo va nella stessa direzione, quando, sull'onda emotiva provocata dalle due stragi palermitane di Capaci e di via D'Amelio, approva un decreto-legge (d.l. n. 306 del 1992 convertito nella l. n. 356 del 1992) che accresce ulteriormente il peso dell'indagine preliminare nell'economia del giudizio di merito. Ne esce ingigantita la posizione del pubblico ministero, *dominus* non solo della fase investigativa, ma dell'intero processo. Correlativamente ne esce marginalizzata, per non dire mortificata la posizione del difensore.

5.b) *L'epoca di "Mani pulite" (1992-1997).*

Non sapremo mai come sarebbero finiti i processi per fatti di corruzione politica successivi al 1992, se l'accertamento delle responsabilità penali fosse avvenuto secondo le regole originariamente previste nel codice del 1989. Possiamo solo immaginarlo. Certo è che, la segnalata controriforma ha grandemente agevolato la funzione accusatoria del pubblico ministero e, con essa, l'ipoteca della fase preliminare sugli esiti del giudizio. Di efficacia davvero formidabile si rivelò, in particolare, la possibilità — dischiusa da Corte cost. 254/1992 — di usare come prove d'accusa dichiarazioni raccolte unilateralmente dal pubblico ministero, non verificate nel contraddittorio dibattimentale.

È altrettanto certo che lo squilibrio fra le parti processuali derivante dal rinnovato contesto normativo fu all'origine di un conflitto patologico fra accusa e difesa: un conflitto fra funzioni che

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

si trasformò in conflitto aperto fra magistrati e avvocati, segnatamente, fra magistrati dell'ANM e avvocati delle Camere penali. Del resto, anche di fronte alla collettività, un simile squilibrio di posizioni poteva essere giustificato solo con il classico argomento del "pericolo sociale", del "nemico da combattere" (il politico corrotto, il mafioso, etc.). Quando il senso del pericolo si attenua o svanisce, quello squilibrio appare inaccettabile, perché persino l'opinione pubblica poco sensibile alle ragioni del garantismo intravede il rischio dell'eccesso di zelo, pronto a degenerare in arbitrio.

5.c) *L'epoca del "giusto processo" (1997-2001).*

Il conflitto fra magistratura e avvocatura generatosi durante l'esperienza di "Mani pulite" ha prodotto due iniziative legislative che meritano di essere qui segnalate: la prima volta a rafforzare la posizione della difesa durante la fase preliminare e, in particolare, nel procedimento cautelare (l. n. 532 del 1995); l'altra tesa ad affermare il diritto dell'imputato a confrontarsi con i testi d'accusa (l. n. 267 del 1997) (51).

Questa seconda legge è concepita in aperta polemica con la "controriforma" del 1992. Con essa si pone, di fatto, il problema di un recupero dello spirito che aveva animato la riforma processuale del 1988. La reazione della magistratura non si fa attendere. Nell'arco di pochi mesi, la l. n. 267 del 1997 subirà una fitta gragnuola di eccezioni d'illegittimità (più di cento). Anche in questo caso, la Corte costituzionale si mostrerà sensibile alle obiezioni dei giudici remittenti ed emetterà una decisione (sent. 361/1998) che finirà praticamente col neutralizzare la portata garantista della legge impugnata. Ne scaturisce un conflitto fra parlamento e Corte costitu-

---

(51) Desta peraltro sorpresa la circostanza che l'iniziativa legislativa del 1997 si sia limitata alla modifica del solo art. 513. Evidentemente, i politici coinvolti nei processi per fatti di corruzione avvertirono con particolare urgenza la necessità di porre un argine all'uso massiccio di chiamate in correità non riscontrate davanti al giudice del dibattimento. Altrettanto grave era il *vulnus* al contraddittorio connesso con l'uso di dichiarazioni contestate al teste autoconfutantesi (art. 500) o di testimonianze *de relato* della polizia giudiziaria su dichiarazioni raccolte durante l'indagine preliminare (art. 195 comma 4). L'iniziativa del 1997, parziale, settoriale, mirata su determinate situazioni processuali, in quanto tale sospetta di configurarsi come legge-provvedimento sarà caratteristica (patologica) di numerose riforme processuali degli anni successivi, marchiate come leggi *ad personam*.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

zionale destinato a sfociare, un anno più tardi nella revisione dell'art. 111 Cost., vale a dire nella riforma detta del "giusto processo" (l. cost. n. 2 del 1999).

Concepita ufficialmente per conferire rango costituzionale all'idea di *procès équitable* (*fair trial*) delineata nell'art. 6 CEDU, la modifica dell'art. 111 si segnala anche per la puntigliosità con la quale — al comma 4 — vieta un accertamento di colpevolezza sulla scorta di dichiarazioni rese « da chi, per libera scelta, si sia sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato ». Parole nelle quali è ravvisabile una diretta reazione alle regole permissive che, dal 1992, consentivano condanne basate su dichiarazioni accusatorie non ribadite in sede dibattimentale, da chi poteva trasformarle in prova semplicemente avvalendosi del proprio diritto al silenzio.

Seguono due provvedimenti legislativi volti ad attuare, almeno in parte, l'idea di giusto processo penale, ancora una volta attraverso la ridefinizione dei rapporti di forza fra soggetti processuali.

La legge n. 397 del 2000 disciplinerà analiticamente le indagini difensive, nell'intento di avvicinare la situazione del patrocinatore delle parti private alla posizione del pubblico ministero.

Subito dopo, la legge n. 63 del 2001 tradurrà in norme ordinarie i nuovi principi del giusto processo dedicati al modo di formare la prova dichiarativa (commi 3-5 del citato art. 111), sicché la Corte costituzionale, preso atto dei mutati parametri di costituzionalità, si vedrà costretta a superare la giurisprudenza elaborata nel 1992 (52).

5.d) *L'epoca della "ossessione securitaria" e l'apertura allo spazio giuridico europeo (2001-2010).*

Il tema dei diritti individuali vive una nuova stagione all'alba del nuovo secolo. La tragedia del settembre 2001 induce pressoché tutti gli stati dell'Occidente a varare leggi speciali per fronteggiare il terrorismo internazionale. Le tecniche d'indagine debbono essere all'altezza delle nuove sfide. La posta in gioco (l'entità dei danni temuti) è a tal punto elevata da far apparire necessario l'approntamento di mezzi eccezionali per prevenire il paventato delitto, più

(52) Si vedano, in particolare, sent. 32/2002 e ord. 36/2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

che per reprimerlo. L'attività di contrasto tende a spostarsi sul terreno dell'iniziativa poliziesca e di *intelligence*, con conseguente attenuazione delle garanzie insite nel controllo giudiziario. La sicurezza dei cittadini esige nuovi sacrifici nel quadro di un nuovo concetto della cooperazione giudiziaria.

Nessun politico è insensibile alle ricadute, in termini di consenso, che le iniziative volte ad accrescere il senso di sicurezza sono in grado di assicurare. Il discorso vale anche per la politica europea. Credo, ad esempio, che — senza lo *shock* dell'11 settembre 2001 — non avremmo mai avuto la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo (2002), né sarebbero state messe a punto altre modalità agevolate di cooperazione fra polizia e magistratura degli stati UE, per un più efficace contrasto del crimine transnazionale.

Il pensiero securitario — trasmodato in vera ossessione anche grazie all'uso spregiudicato dei mezzi di comunicazione sociale — rivela elevate capacità di contaminazione e di diffusione ben al di là del crimine transnazionale. Esso nutre modelli di trattamento ispirati a un diritto penale della prevenzione, caratterizzato — sul terreno penale sostanziale — da una marcata anticipazione delle soglie di punibilità e — sul terreno processuale — da un correlativo uso degli strumenti cautelari in funzione di neutralizzazione della pericolosità.

Ne risulta uno spostamento del confine fra prevenzione e repressione, sul quale sono state calibrate le tradizionali categorie del garantismo penale e della tutela dei diritti individuali (53). Abbondanti esempi sono riscontrabili nella legislazione (non solo italiana) in tema di immigrazione clandestina, di sicurezza del lavoro, di circolazione stradale, di inquinamento ambientale, di violenze domestiche e nei rapporti fra i sessi. Si pensi ancora alle molte modifiche intervenute sulla disciplina del sequestro e della confisca nel procedimento di prevenzione *ante-delictum* (l. n. 575 del 1965). E lo stesso codice di rito offre qualche esempio che dimostra l'inclinazione preventiva del sistema processuale: si pensi ai numerosi interventi novellistici sull'art. 275 comma 3, in tema di adeguatezza presunta della custodia cautelare in carcere per reati di allarme sociale.

---

(53) Illuminanti, al riguardo, le riflessioni di HASSEMER 2006, p. 322 ss. e, più recentemente, ID. 2009, soprattutto alle pagine 70 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Nel nuovo contesto politico-sociale, i diritti individuali a rischio sono principalmente quelli minacciati da iniziative preventive confidate alle agenzie di controllo sociale (polizia e pubblici ministeri): iniziative spesso di carattere amministrativo, sfornite pertanto del corredo di garanzie assicurate per il procedimento penale (oltre al procedimento di prevenzione *ante delictum*, il pensiero va alle procedure di controllo sull'immigrazione clandestina regolate dal d.lgs. n. 286 del 1998, ripetutamente modificato dai vari "pacchetti sicurezza").

Il diritto penale della sicurezza apre una nuova stagione dei diritti individuali, per la cui tutela si rivela sempre più importante il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Pur guardata con sospetto da parte della dottrina processualistica (54), la Corte di Strasburgo ha sviluppato nel tempo una giurisprudenza attenta alla "sostanza" dei diritti individuali. La circostanza poi che la Corte EDU guardi al concreto comportamento di volta in volta tenuto dall'autorità pubblica attribuisce alle sue decisioni un carattere di duttilità ignoto alla sentenze della nostra Corte costituzionale. Pur consapevole dei rischi insiti nell'affidarsi al responso di giurisdizioni sovrastatuali, penso dunque vada salutato con favore il riconoscimento delle nostre alte Corti (di cassazione e costituzionale) rispetto sia all'effetto delle sentenze europee sui giudicati interni (55), sia al rango "para-costituzionale" delle norme convenzionali e dei principi in esse affermati (56). Tale riconoscimento segnala, al contempo, un diverso sguardo alla tematica dei diritti individuali. Alla lunga, gli

---

(54) Critica la tendenza (giurisprudenziale e dottrinale) a ragioni del decidere espresse nelle motivazioni delle sentenze della Corte di Strasburgo, FERRUA 2010, p. 406 ss.

(55) Si vedano le sentenze emesse nei noti casi Sejdovic (2006), Dorigo (2007) e Drassich (2009) con le quali si riconosce che la condanna dello Stato italiano da parte della Corte EDU sia idonea a risolvere l'efficacia del giudicato interno.

(56) Si vedano le sent. 348 e 349/2007 che — facendo leva sull'art. 117 comma 1 Cost. — attribuiscono ai principi convenzionali il rango di "norme interposte", suscettibili di fungere da parametro per il giudizio di legittimità della legge italiana. Va peraltro segnalato che, a partire dal 1° dicembre 2009, le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono divenute parte integrante del diritto comunitario, grazie al loro recepimento nell'art. 6 del Trattato di Lisbona (come riconosce la stessa Corte cost. nella sent. 138/2010).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

argomenti della Corte di Strasburgo sui limiti di tutela della persona (argomenti orientati al principio di proporzionalità più che al criterio di ragionevolezza) finiranno col contaminare anche la giurisprudenza e la dottrina italiane.

6. *Conclusioni.*

È ora di tirare le fila al termine del lungo itinerario. Poche battute sono sufficienti a svelarne il senso.

Caduto il fascismo, con l'Italia ancora in guerra, si avverte subito l'esigenza di purgare l'ordinamento processuale degli elementi autoritari tipici del passato regime. L'orientamento individualistico della Costituzione repubblicana accentua la necessità della riforma, inizialmente perseguita nell'illusione che sia sufficiente una revisione parziale del codice Rocco.

Al centro degli sforzi riformistici è principalmente il diritto di difesa, del quale si reclama l'attuazione "in ogni stato e grado del procedimento", come scritto nell'art. 24 comma 2 Cost. L'enfasi sulla garanzia difensiva sposta ben presto l'asse dell'interesse (e delle discussioni) sui rapporti di forza interni al processo. L'attuazione dei diritti individuali diventa così una funzione della dialettica accusa/difesa e della scelta fra stile inquisitorio e modello accusatorio.

Di qui il carattere fortemente ideologico con tinte, per così dire, corporative che le dispute sulla riforma processuale assumono nel dibattito italiano. Soprattutto a partire dall'inizio degli anni '60, con la svolta segnata dall'iniziativa di Carnelutti, il tema dei diritti individuali è per così dire assorbito e confuso nella disputa fra accusatorio e inquisitorio. Attuare il processo di parti, è la via maestra per salvaguardare al contempo i diritti individuali minacciati o compressi dall'attività giudiziaria e di polizia.

Negli anni '60 e '70, la Corte costituzionale si muove nella stessa direzione, sviluppando a sua volta una giurisprudenza processuale penale incentrata principalmente intorno all'art. 24 comma 2, spesso combinato con l'art. 3 Cost. Le questioni di legittimità vengono esaminate alla luce del criterio (marcatamente politico) della ragionevolezza, anziché in base a quello (più connotato in senso giuridi-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

co) della proporzionalità fra diritto violato e scopo perseguito dalla misura restrittiva (57).

L'iniziale fallimento della riforma processuale entrata in vigore nel 1989 ha accentuato il contrasto fra i soggetti processuali. I conflitti e le polemiche seguiti all'esperienza di "Mani pulite" hanno trovato una composizione momentanea nella riforma costituzionale del "giusto processo" (1999). I motivi di tensione non sono peraltro venuti meno, come dimostrano le perduranti incomprensioni fra avvocatura e magistratura, alle quali si è aggiunta, nell'ultimo decennio, la difficile convivenza fra magistratura e classe politica di governo.

L'evoluzione del sistema penale in senso preventivo (soprattutto a partire dal 2001) e il diffondersi di un'ideologia securitaria, esigono una rivisitazione, un aggiornamento delle classiche categorie del garantismo, maturate sul presupposto di una chiara (almeno in teoria) separazione tra prevenzione e repressione. Al contempo, lo sviluppo di modalità investigative che sfruttano l'uso di moderne risorse tecnologiche apre prospettive inedite per diritti individuali non riducibili al diritto di difesa e, forse per questo, rimasti fino ad ora ai margini dell'attenzione del processualpenalista: penso al diritto della riservatezza, del quale si fatica a trovare un ancoramento costituzionale.

L'apertura dell'Italia allo spazio giuridico europeo e i nuovi scenari della cooperazione giudiziaria internazionale pongono nuove sfide sul terreno dei diritti individuali. La loro tutela trova spesso risposte adeguate nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, capace di fungere da modello (soprattutto quanto a modalità argomentative) anche per i giudici italiani.

Riferimenti bibliografici

AMODIO E. (1997), *Processo penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di Paolo Grossi, Milano: Giuffrè, p. 363-383.

(57) Questo è invece, come già ricordato, il criterio preferito dalla Corte costituzionale tedesca, già a partire dai primi anni '50.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Atti del Convegno Nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale (1954), Bellagio, 24-26 aprile 1953 - Milano, 28-30 novembre 1953, Milano: Giuffrè.

Calamandrei P. (1945), *Sulla riforma dei codici — La truffa delle etichette*, in *La Nuova Europa,* 4 marzo, c. 3-4.

Carnelutti F. (1945), *L'equità nel giudizio penale (Per la riforma della Corte d'Assise),* in *Giust. pen.*, III, c. 1-11.

Carnelutti F. (1958), *Crisi della giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, p. 333-363.

Carnelutti F. (1960), *Principi del processo penale*, Napoli: Morano.

Carnelutti F. (1963), *Avvertenza* al volume *Verso la riforma del processo penale*, Napoli: Morano.

Cassese S. (2002), *La crisi dello Stato,* Roma: Laterza.

Conso G. (1989), *Precedenti storici e* iter *della legge n. 108 del 1974*, in Conso G., Grevi V., Neppi Modona G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova: Cedam, p. 3-75.

Criteri direttivi per una riforma del processo penale (1965)*,* Atti del Convegno di studio Enrico De Nicola, Lecce, 1964, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano: Giuffrè.

De Luca G. (1961), *Il convegno di Venezia sulla riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1040-1041.

De Marsico A.(1955), *Problemi della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, p. 481-493.

De Pietro (1954), *Relazione alla Camera dei deputati*, in *Riv. pen.*, p. 569 ss.

Delogu T. (1945), *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, p. 161-195.

Denti V. (1979), *Diritto comparato e scienza processuale*, in *Riv. dir. proc.*, p. 334-364.

Ferrarese M.R. (2010), *La* governance *tra politica e diritto,* Bologna: Il Mulino.

Ferrua P. (2010)[4], *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico,* in Ferrua P., Grifantini F.M., Illuminati G., Orlandi R., *La prova nel dibattimento penale,* Torino: Giappichelli, p. 317-422.

Garlati L. (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.

Grossi P. (2006), *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in Id., *Società, diritto, Stato*, Milano: Giuffrè.

Guarneri G.(1950), *Osservazioni sul progetto di modificazioni per l'aggiornamento del Codice di procedura penale*, in *Arch. pen.,* p. 453-472.

Hassemer W. (2009), *Warum Strafe sein muß. Ein Plädoyer*, Berlin: Ullstein.

Hassemer W. (2006), *Sicherheit durch Strafrecht,* in *Strafverteidiger*, p. 321-332.

Leone G. (1945), *La scienza giuridico-penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, pt. I, p. 23-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LEONE G. (1947), *Sulla riforma del Codice di Procedura Penale*, in *Arch. pen.*, p. 442-470.
LEONE G. (1962), *A proposito di alcuni giudizi del prof. Carnelutti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 15-25.
MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in GARLATI (2010), p. 153-166.
MILETTI M.N. (2003), *Un processo per la terza Italia. Il Codice di procedura penale del 1913*, Milano: Giuffrè.
PANNAIN R. (1944), *La riforma della legislazione*, in *Annali della Facoltà giuridica*, Università degli Studi di Camerino, XVI, p. 15-49.
PANNAIN R. (1955), *La riforma della procedura penale*, in *Arch. pen.*, pt. I, p. 370-374.
PANNAIN R. (1945), *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, pt. I, p. 56-61.
PISANI M. (2008), *Il lungo cammino del codice 1988*, in *Manuale di procedura penale*, Bologna: Monduzzi.
PISANI M. (2010), *Variazioni in tema di bozza Carnelutti per un nuovo c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, p. 83-91.
Primi problemi della riforma del processo penale (1962), Atti del Convegno "La riforma del processo penale", Venezia, 1961, a cura di Giuseppe De Luca, Firenze: Sansoni.
SABATINI G. (1945), *La riforma del codice di procedura penale*, in *Rassegna giuridica*, n. 1.
SANTORO PASSARELLI F. (1945), *È tempestiva la riforma?,* in *Il Domani d'Italia,* 3 febbraio.
SBRICCOLI M. (1999), *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 28, p. 817-850.
VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI (2010), p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

INTERVENTI

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LUIGI LACCHÈ

I DIRITTI DELLA STORIA E LA STORIA DEI DIRITTI: RIFLETTENDO SUL PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA

1. Una premessa. — 2. La storia e il problema penale. — 3. La giustizia per i galantuomini e l'ordine penale liberale. — 4. Tre codici liberali, tre storie problematiche. — 5. Il diritto costituzionale applicato e i modelli processuali.

1. *Una premessa.*

Nel mio intervento vorrei sottoporre alla vostra attenzione alcune rapide considerazioni sollecitate anzitutto dalle relazioni introduttive. In particolare vorrei richiamare quattro questioni tra loro strettamente collegate, a cominciare dal tema di fondo che gli organizzatori del seminario hanno voluto evidenziare, ovvero l'opportunità, ma anche la difficoltà, di articolare i rapporti tra la disciplina processualpenalistica di epoca repubblicana e gli studi di storia del diritto. Appare così fondamentale recuperare la dimensione di lunga durata del "problema penale" (§.2) inteso come chiave di lettura che rimanda alle più complesse dinamiche dello sviluppo sociale e civile. In questo contesto il tema dei diritti individuali considerati attraverso il prisma del processo penale nell'Italia repubblicana può essere meglio ricollegato al concetto di ordine penale liberale (§.3) che resta, nella sua profonda struttura tensiva ordine/libertà, il principale "fornitore" di visioni, ideologie e pratiche dello stesso universo democratico. Anche la storia del codice repubblicano di procedura penale può trarre elementi utili di analisi e di giudizio se ricollegata all'*imprinting* otto-novecentesco che ha segnato il destino di codici antecedenti (§.4). Da ultimo, appare utile segnalare la valenza "costituzionale" del discorso sui modelli processuali e sulle loro decisive ibridazioni (§. 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

2. *La storia e il problema penale.*

Renzo Orlandi, nel suo articolato ed efficace contributo introduttivo, ha còlto un dato, ovvero come l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 abbia determinato una significativa cesura anche sul piano del rapporto tra lo studio del processo penale e i possibili percorsi per una sua più ravvicinata storicizzazione. In effetti, la sofferta vicenda del codice sembra aver allontanato (nel suo insieme, poiché ci sono delle importanti eccezioni) la scienza processualpenalistica da interessi e domande di tipo storiografico. Michele Pifferi, nella sua apertura dedicata al tema cruciale del dialogo, ha individuato giustamente negli anni Settanta un momento particolarmente fecondo che ha contribuito a stimolare una più organica, direi costitutiva, congiunzione tra la riflessione critico-ricostruttiva degli studiosi del processo e il profondo rinnovamento storiografico che negli stessi anni ha trovato innovativi laboratori scientifici. Se i lavori di quegl'anni — pur con approcci ed esiti differenti — di Franco Cordero, Mario Chiavario, Ennio Amodio, Massimo Nobili, Paolo Ferrua, Vittorio Grevi, Giulio Illuminati (per citare qui alcuni dei principali autori) proponevano itinerari storici volti a cogliere le origini e lo sviluppo dei principi e delle categorie fondative del garantismo penale in una prospettiva di riformismo e di superamento di un sistema processuale misto dal prevalente segno "neo-inquisitorio", la riflessione degli storici del diritto e della cultura giuridica portava ad uno studio ampiamente rinnovato del *penale* e per certi versi metteva a tema quella *questione criminale* che proprio in quel decennio Franco Bricola e tanti giovani studiosi avevano elevato a vera questione politica e civile. Per i primi la storia del processo non era né orpello erudito né strumento teleologico (elementi tipici di parecchie "premesse storiche"): faceva, invece, parte integrante di un percorso cognitivo. Per i secondi, gli storici, la *scoperta* del processo significava confrontarsi con il *problema penale* inteso come problema *globale*, ovvero spia degli assetti politici, sociali, economici, costituzionali nelle diverse esperienze storiche. A unire le due prospettive c'era probabilmente quella che possiamo chiamare la *costituzionalizzazione del penale* che individuava *questioni* irriducibilmente intrecciate con il governo della società, con la dimensione politica e ideologica del potere, con il processo

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

volto ad assicurare che il penale, nel duplice versante dei diritti e delle libertà dei soggetti e delle necessità della giustizia e della sicurezza, fosse sempre più ancorato a scelte di civiltà e di garanzia.

Nei primi anni Settanta i *Materiali per una storia della cultura giuridica* fondati da Giovanni Tarello dedicavano un grosso numero a *Idee e atteggiamenti della repressione penale* (1975) facendo il punto su uno scavo più sistematico di reinterpretazione del Settecento europeo osservato attraverso il *problema penale* (dimensione questa poi sistematizzata nella sua *Storia della cultura giuridica moderna* del 1976). Si dava così forma a « quella *globale* considerazione del 'problema penale' che si ha unicamente nella seconda metà del secolo XVIII attraverso il combinarsi in congiuntura decisiva di più e differenti formulazioni giuridiche del diritto di punire [che] porta alla codificazione di un diritto penale solo in questo momento pienamente secolarizzato, oggettivizzato, testualmente unificato come formalmente autonomo rispetto al diritto civile e processuale ».

Il penale e la giustizia apparivano allora come terreni privilegiati per una possibile alleanza che dava vita però ad una tensione tra, da una parte, la logica autoritaria e statualistica del dispotismo illuminato e "razionale" che intendeva fare del codice uno strumento di pieno controllo dell'ordinamento giuridico e, dall'altra, la logica critica degli illuministi alla ricerca dell'« *effetto garantistico della certezza del diritto* » (1). Si può parlare già di una prospettiva di *longue durée* che attraversa non solo la stagione dell'assolutismo illuminato, ma anzi si consolida, pur trasformandosi, nel corso del XIX secolo senza più abbandonare la stagione dello Stato liberale di diritto, anzi diventandone (come *contraddizione fertile*) un suo elemento architettonico.

3. *La giustizia per i galantuomini e l'ordine penale liberale.*

In questa prospettiva appare importante per lo studioso "positivo" del processo penale poter cogliere le ragioni profonde di quei *caratteri originari* e di quei *tratti permanenti* del sistema penale

(1) CAVANNA 2005, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

italiano che Mario Sbriccoli ha individuato nel suo lungo itinerario di ricerca (2).

Tra i caratteri e i tratti che Sbriccoli ha segnalato quali elementi capaci di innervare e sostenere lo sviluppo della questione penale dalle origini della *penalistica civile* (3) sino alle trasformazioni e ai paradigmi dei primi anni Novanta del Novecento possiamo ricordare la centralità della questione penale nella vita politica italiana; il problema dell'impegno "civile" dei penalisti; i meccanismi dell'emergenza e il cd. doppio livello di legalità; la dialettica ordine-libertà.

Proprio quest'ultima dimensione deve restare al centro, almeno come consapevolezza di una profonda radice storica, di uno studio integrato dei diritti individuali e del processo penale *anche* e *ancora* nell'Italia repubblicana, come evocato dal titolo di questo nostro incontro. In tale ambito appare non più sufficiente l'approccio che insiste sulla dimensione della giustizia in termini di prevalente repressione; occorre piuttosto allargare il campo di analisi alle *tensioni* che fanno parte integrante dell'*ordine penale liberale*. Questo è il nodo fondamentale del "problema penale liberale", un nodo consustanziale, potremmo dire, che ci aiuta a capire meglio anche le traiettorie e le vicende personali di singoli autori. Non è tanto la coesistenza, in singoli autori, di pagine "liberali" e pagine "autoritarie", quanto soprattutto il problema dello *statuto costituzionale della libertà e dello Stato* che attraversa la cultura liberale. Le tensioni e i poli dialettici stanno dentro l'*ordine giuridico*, non sono "momenti" esterni che si rivelano solo in fasi critiche della storia nazionale. Il problema dell'ordine penale liberale è anzitutto questione di confini, di equilibri precari, di vere e proprie *zone grigie*. E di queste ampie *zone grigie* i penalisti liberali si "rendono conto" quando vedono l'effetto di retroazione sullo spazio di quella che ho chiamato qualche anno fa la « giustizia per i galantuomini » (4). Ciò porta ad "accettare" che il codice rispecchi la "penalistica civile" e che il *diritto penale speciale* rimanga "fuori" dall'ordine.

---

(2) Sbriccoli 1998.
(3) Sbriccoli 1990.
(4) Lacchè 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

L'emersione prima e l'affermazione poi del principio di legalità costituiscono senza dubbio il più potente fattore di strutturazione del sistema penale: è la grande conquista del *penale dei moderni* attorno alla quale stabilire e far vivere il *diritto penale dei principî*. E tuttavia il principio di legalità è un fattore di *rigidità* che ridefinisce e dà un senso nuovo alla vasta costellazione dei paradigmi dell'eccezione. Il principio di legalità è lo scheletro dello Stato liberale di diritto, il congegno che al tempo stesso fissa i confini dello spazio di sovranità e ne limita l'azione potenzialmente *extra-ordinem*. Questa è la sua forza (legalità/garanzia), ma anche la sua "debolezza" nel momento in cui il sistema si irrigidisce. Il processo di eterogeneizzazione della società monoclasse di tipo borghese metterà in crisi l'*ordine penale liberale* sempre più costruito attorno agli interessi pubblici privilegiati che nel paradigma dell'*ordine pubblico* trova il suo principale approdo. La riflessione complessa di un giurista liberale della statura intellettuale di un Francesco Carrara mette a tema la grande tensione dialettica e le contraddizioni del nuovo ordine penale (5). Il codice — osserva — non può essere fatto avendo come misura lo stato di emergenza e il principio di *eccezione*, perché ciò discredita la giustizia. « … la civiltà odierna più non tollera la parola *eccezione* nel giure penale. *Eccezione* significa *deviamento dalle regole assolute di giustizia*: e questo è tale concetto che non può rendersi accettabile per nessuno argomento di supposta utilità, o di vedute politiche o di odio speciale contro certi reati. Ciò che è giusto deve osservarsi nei piccoli falli come nei grandi senza defletterne mai: ed era poi il massimo degli assurdi deflettere, quando trattavasi d'irrogare gravi supplizi, da quei precetti che religiosamente si osservavano dove trattavasi di più leggieri gastighi » (6). Ma il problema non sta per Carrara nelle situazioni eccezionali in quanto tali che — deve riconoscere — non risparmiano nessun paese e che possono anche legittimare misure simmetricamente eccezionali e transitorie (7). La questione è un'altra, ovvero che « è gravissimo errore ed imperdonabile quello di ordinare i

(5) Lacchè 1997b.
(6) Carrara 1993, § 638, p. 417-418.
(7) Sbriccoli 1991, p. 444 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

codici penali sulle norme di simili anomalie » (8). Perché « Quando il codice di una Nazione trovasi sommerso fra una selva selvaggia irta e forte di leggi speciali (scrisse non ha guari Corne nel suo aureo libro sulla riforma penale) il codice punitivo *regna ma non governa*. Sentenza elegante non meno che vera » (9). L'importante è tener fuori dallo spazio *universale* del codice, ovvero della ragione penale "naturale", le forme di *specialità*. La "soluzione" viene trovata nel doppio livello di legalità. Io credo che non si tratta solo di una questione di "affiancamento" (per dirla con Mario Sbriccoli), ma ciò ha a che fare con la struttura mentale, antropologica, e operativa che informa l'ordine liberale. Il duplice livello di legalità è, si potrebbe dire, una dimensione penale della costituzione materiale dello Stato liberale.

In tempi di "ossessione securitaria" come quelli che stiamo vivendo, il diritto penale della sicurezza ripropone campi di tensione tra la spinta alla tutela dei diritti individuali, ancorata alle tradizionali categorie del garantismo penale, e forme aggiornate di neutralizzazione della pericolosità (10). L'amministrativizzazione crescente del penale definisce differenti filiere punitive per i nuovi "galantuomini" e i nuovi "birbanti" rischiando di far prevalere i codici dell'opportunità politica sui principi della regola giuridica (11). Anche qui i cultori del processo penale e gli storici del diritto devono poter ritrovare un terreno di confronto e di dialogo contribuendo a tenere acceso il fuoco della "penalistica civile". Questa ricerca di radici e di ragioni profonde di un modo di essere dell'ordine penale è un compito comune.

4. *Tre codici liberali, tre storie problematiche.*

La storia ci dice che l'Italia unita ha prodotto tra l'età liberale e l'età democratica solo tre codici riferibili al sistema penale comune: mi riferisco al codice penale Zanardelli del 1889 e ai due distanti codici di procedura penale del 1913 e del 1989. Ci sarebbe da

(8) Carrara 1874, p. 70.
(9) Carrara 1993, § 638, p. 418.
(10) Cfr. la relazione di Renzo Orlandi, *supra*, p. 77 ss.
(11) Per la ricostruzione del dibattito cfr. Marchetti 2008; Cazzetta 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

aggiungere, sotto il profilo cronologico, i codici del 1865, ma riesce più difficile dire che questi sono il frutto di un significativo processo culturale e scientifico che possa già guardare, più che al modello franco-subalpino del 1859, a un complesso di innovative esperienze postunitarie. Dal novero dei codici liberal/democratici tiriamo fuori i codici del fascismo intitolati, almeno quelli di carattere penalistico, al Rocco Guardasigilli (anche se un ruolo non certo periferico spetta al fratello Arturo). Si potrà poi anche dire che questi codici nascono da più "lontano", da dibattiti scientifici, da percezioni teoriche di stampo tardo-liberale, ma sarà difficile negare la dimensione di "progetto fascista" che essi si portano dietro. Le indubbie valenze "continuistiche" e certe scelte "legalitarie" non fanno venir meno i caratteri "totalizzanti" di una esperienza giuridico-istituzionale che non ha eguali, per ampiezza, nella storia italiana, se si esclude forse (ma con ben altra valenza) la codificazione e l'unificazione legislativa del 1865.

Ha ragione Renzo Orlandi a dedicare, nella sua interessante proposta di periodizzazione dell'età repubblicana, una parte significativa del suo contributo alla riconsiderazione di una fase iniziale che è rimasta piuttosto in ombra, quella che corre dal 1944 alla Costituzione. Di recente l'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana è stata posta al centro di nuovi studi (12) che mostrano come nei primi anni dopo la caduta del fascismo si sia giocata una "partita" tutt'altro che ininfluente per affermare le ragioni della continuità e con esse anche la possibilità di una sopravvivenza di un tipico ibridismo processuale e del soggiacente "inconscio inquisitorio". Il codice Rocco, come ha rilevato efficacemente Giuliano Vassalli (13), ha così potuto vivere più di una vita fatta di progressivi "aggiustamenti" riformatori chiamati a innestarsi, con esiti parziali e controversi, su uno stesso tronco. Non aveva torto, almeno dal suo punto di vista, Remo Pannain a definire nel 1944 i codici penali del 1930 un'opera granitica che non era possibile modificare senza doverne alterare l'organicità, la struttura, la linea, in una parola l'armonia. Insomma, il sapiente uso della tecnica, la consapevolezza della dimensione dogmatica, la chiarezza

(12) GARLATI 2010.
(13) VASSALLI 2010; su cui vedi CAPPELLINI 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

e la modernità del linguaggio, l'ottimo livello di integrazione e di coordinamento del "sistema Rocco" del 1930 rendevano difficile ogni approccio che non fosse parimenti "granitico". Non era semplice superare un sistema, elaborato in *tempo di dittatura*, nel *tempo annunciato della democrazia*. La scelta del 1944-45 (sancita autorevolmente dal guardasigilli Togliatti) di avallare la linea della parziale e graduale *defascistizzazione* dei codici produceva un duplice effetto: di rinchiudere il *discorso della riforma* nel campo munitissimo del tecnicismo giuridico; di allontanare, tanto più si eliminavano dai codici gli elementi più incompatibili e visibilmente *politici*, la prospettiva di una complessiva *riforma legislativa dal forte contenuto politico-costituzionale*. Si apriva allora la vicenda delle contraddizioni e dei dilemmi delle politiche del diritto in un contesto democratico (14).

« Ma noi, nel 1953, ci teniamo — scriveva polemicamente Achille Battaglia — ancora abbarbicati al codice di procedura del 1931, e cioè al "più fascista dei codici", come lo definì lo stesso guardasigilli Rocco licenziandone il testo definitivo; e non consideriamo che alcune delle sue norme furono appositamente elaborate per togliere ai cittadini alcune garanzie di libertà; e tanto meno vogliamo renderci conto che il processo misto — ridotto quasi esclusivamente alla inquisizione scritta e segreta contro cui si levò la grande polemica settecentesca, e privato delle garanzie da cui essa era circondata all'epoca di Beccaria e di Filangieri — ha subito una tale corrosione da rappresentare, ormai, un caratteristico, strumento di dispotismo » (15).

Nella storia italiana scorgiamo un paradosso che forse tale non è e che spiega parecchio dei dilemmi e delle contraddizioni che ci portiamo dietro. La vita dei tre codici a cui ho fatto riferimento (1889, 1913, 1989) sembra essere legata, almeno a livello di schema generale, da almeno due elementi: quei codici sono il prodotto di un sofferto iter progettuale, pluridecennale, sono il risultato di stagioni riformistiche condotte da "avanguardie" liberali e democratiche che devono poi fare i conti con una realtà più complessa e più "arre-

(14) Lacchè 2010.
(15) Battaglia 1954, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

trata". Il movimento in avanti del codice Zanardelli (16) è stato còlto efficacemente da Mario Sbriccoli quando ha parlato di « un codice liberale per un'Italia che lo era ben poco ». « Bisogna dire, ad onor del vero, che quel codice liberale e aperto, tecnicamente innovatore e culturalmente avanzato, non somigliava gran che all'Italia che doveva osservarlo e applicarlo. Questo non dava ragione alle opposizioni, ma segnava storicamente la sua debolezza. Infatti, se le intenzioni erano buone, e ottimo era lo strumento, non molto felice sarebbe stato il loro impatto con la realtà. L'Italia restava un paese immerso nelle contraddizioni e condizionato dall'arretratezza. La cultura di quel codice era molto più avanti di quella dei giudici che sarebbero stati chiamati ad applicarlo. Il sistema carcerario era tra i più disastrati e incivili d'Europa. Il codice di procedura penale del tutto inadeguato a garantire un processo all'altezza del nuovo sistema penale. La legge di pubblica sicurezza, informata ai princìpi del sospetto, illiberale e classista, sorreggeva l'azione di una polizia abituata alla più grande noncuranza per i diritti dei cittadini. Nessuna meraviglia, dunque, se il codice penale di Zanardelli, monumento liberale di un'Italia che lo era assai poco, si sarebbe trasformato di lì a poco in poco in un'imbarazzante presenza da aggirare con leggi speciali, interpretazioni regressive o patenti violazioni » (17).

Anche il « processo per la Terza Italia » introdotto dal codice Finocchiaro-Aprile del 1913 è il frutto di una lunga attesa, di accese critiche e di una dubbia accelerazione riformistica. Le resistenze non si faranno attendere e con esse il precoce tentativo di mettere in dubbio i risultati raggiunti (18).

Questi due codici saranno per sempre sepolti dal "sistema Rocco" e risulterà poco realistico richiamarli in vita subito dopo la fine del fascismo. In mano alla Repubblica restavano i codici del fascismo, epurati, novellati, a fatica "costituzionalizzati", ma in grado di ritrovare equilibri nuovi e fasi successive di "sviluppo". La storia italiana del sistema penale e in particolare del suo processo ci mostra un doppio movimento, di "fuga in avanti" anzitutto e poi,

(16) Lacchè 1997a.
(17) Sbriccoli 1990, p. 546-547.
(18) Miletti 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

più o meno, di ritorno all'indietro o verso un'altra direzione. In questo movimento, con peso e stili diversi, giocano un ruolo significativo settori importanti della giurisprudenza, l'azione dei *legal actors*, gruppi sociali ed economici.

Anche la riforma radicale del 1988 non sembra sfuggire a questo "doppio movimento", di forte azione in avanti e poi di un "riposizionamento" nel segno di equilibri più moderati se non, in alcuni casi, regressivi. Il periodo che va dal progetto Carnelutti dei primi anni '60 e attraversa la feconda stagione degli anni '70 per giungere al codice della fine del decennio successivo va nella direzione di una nuova architettura processuale esemplata sostanzialmente sul modello *adversary* per lasciarsi definitivamente alle spalle il modello misto. I giuristi che hanno vissuto il *great divide* segnato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e più in generale dall'affermazione di una *cultura della Costituzione* tracciano la via che porterà al nuovo codice. Ma è la stessa Corte costituzionale, nei primi anni Novanta, con le successive controriforme e miniriforme a indicare una "nuova" rotta che, complessivamente, sembra guardare più alle ragioni dell'ordine pubblico e della magistratura inquirente che a quelle del garantismo. Qui risiede, nota Orlandi, la causa di un pericoloso squilibrio tra accusa e difesa che, messe da parte le "emergenze", si trascina una serie di problemi destinati a giungere sino a noi, con un codice sfigurato, sottoposto a una novellazione continua e capillare che rivela i segni di una deframmentazione del sistema penale e allontana la stessa scienza processualpenalistica da una possibile comprensione "unitaria" dei fenomeni. Vale anche per questo ulteriore conflitto di culture — conflitto che sembra essere uno dei tratti permanenti della storia italiana — la notazione con la quale Mario Sbriccoli si è riferito al primo vero codice penale dell'Italia unita, ovvero quello di « un codice liberale per un'Italia che lo era ben poco »? Dobbiamo fare i conti ancora una volta con questa strutturale difficoltà a trovare equilibri normativi appena convincenti e in grado di resistere alla prova dell'ultima *emergenza* o della più classica dialettica ordine/libertà calata però ormai in una condizione di postmodernità e di *globalizzazione del penale*?

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

5. *Il diritto costituzionale applicato e i modelli processuali.*

È difficile dunque, nella storia italiana del processo penale, non cadere nel pericolo — invero sempre in agguato — di letture teleologiche volte a ricercare un progresso lineare. È piuttosto una storia di *stop and go*, di strappi, di salti (anche ideologici) in avanti e di pesanti ritorni indietro. Se i Costituenti hanno inteso affermare con forza ed evidenza una nuova *cultura dei diritti* ribaltando la logica statocentrica e autoritaria del fascismo (e non solo), non v'è dubbio che la lunga durata del « problema dell'inquisitorio » (19) ha mostrato la forza e la radicazione di una logica che rinvia ad una tradizione tutt'altro che tramontata e che tende a trovare equilibri in forme ibride, "miste" e tendenzialmente contraddittorie. In questo ambito, come sottolinea anche Michele Pifferi nella sua relazione, il dialogo tra gli storici e gli studiosi del processo ha registrato negli ultimi anni l'esigenza di confrontarsi sul tema complesso e controverso dei modelli processuali e delle loro valenze "costituzionali". Non riveste carattere antiquario lo studio della fase germinale di quel "modello misto" che sembra emergere nell'ultima fase della crisi del processo inquisitorio e del sistema delle prove legali, nell'età liminale che delimita la "fine" dell'antico regime e apre i primi decenni del XIX secolo, con applicazioni significative in ambito francese e con importanti "varianti" italiane (si pensi all'originale codice Romagnosi) (20). Se l'uso della modellistica appare indispensabile per definire figure, individuare caratteri « permanenti », sviluppare profili comparativi, non bisogna dimenticare la vasta tastiera di quello che è diventato l'inquisitorio nel Settecento, con differenze anche profonde tra aree culturali e contesti specifici.

È su questo terreno politico-costituzionale che bisogna leggere — facendo opera di puntuale storicizzazione — la vicenda delle origini del cd. "processo misto", visto, prima ancora che come *tertium genus* dominato da una epistemologia della costruzione della verità fatta di aporie e di contraddizioni (21), quale inevitabile punto di raccordo tra le pratiche e le ideologie del processo penale di

(19) Vassalli 2010.
(20) Dezza, 1983; Dezza 1985; Dezza 1992.
(21) Alessi 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

antico regime (con le sue regole e con i suoi giudici) e quelle istanze riformatrici di stampo garantistico che, emerse nel corso del copioso dibattito settecentesco, dovettero fare i conti con quella realtà, accordando le ragioni dei *droits de l'homme* con le affannose istanze della sicurezza e del mutato ordine politico e sociale (22).

I giuristi dell'Ottocento, e basti qui ricordare il principe dei penalisti liberali, Francesco Carrara, non pensavano fosse possibile giungere ad un modello accusatorio "puro": lo stesso criminalista lucchese osservava che esso avrebbe potuto funzionare solo « sotto un reggimento politico estremamente libero… ». Restano dunque forti gli echi di un dibattito che mette al centro il tema dominante del "compromesso" o "giusto mezzo": il processo misto sta tra l'accusatorio puro e l'inquisitorio, « come la monarchia costituzionale sta fra la repubblica e il governo dispotico… ». Un secolo prima Montesquieu aveva considerato il processo accusatorio adatto ai costumi repubblicani e affatto agli ordinamenti monarchici. Pochi decenni dopo Filangieri e Pagano minimizzavano il rapporto tra le forme politiche, i modelli processuali e le "virtù" (23). Gian Domenico Romagnosi, nel saggio *Se la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia* (24) negherà recisamente la tesi di chi attribuiva a Montesquieu la distinzione relativa alla forma e alla natura del processo con particolare riferimento alla contrapposizione tra repubblica e monarchia.

Come ha osservato Pietro Costa nel suo intervento, i "modelli" processuali rinviano a profili di autonomia, a strutture antropologiche, a differenti idee, visioni e pratiche della verità processuale. C'è dunque da chiedersi quanto il processo penale, se visto come "diritto costituzionale applicato", corrisponda oggi alla realtà destrutturata, all'arcipelago frammentato di una legalità penale sempre meno "sostanzializzata" e sempre più resa effettiva dalle specifiche pratiche giudiziarie. Anche per questo, probabilmente il dialogo tra storici e processualpenalisti appare necessario e in prospettiva fecondo di nuove percezioni per conservare al centro della scena il rapporto fondamentale della *penalistica costituzionale*, ovvero il

(22) Lacchè 2007a.

(23) Alessi 2001, p. 130-131.

(24) In appendice a Romagnosi 1842, p. 578-588.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nesso genetico del *processo penale dei moderni*, i diritti individuali e il garantismo, lascito del passato e orizzonte primario del nostro futuro. Di certo non possiamo rinunciare a vivere e operare, per dirla con Carrara, « sotto un reggimento politico estremamente libero ».

Riferimenti bibliografici

ALESSI G. (2003), *Le contraddizioni del processo misto*, in: *La costruzione della verità giudiziaria*, a cura di M. Marmo e L. Musella, Napoli: Cliopress, p. 7-52.

ALESSI G. (2001), *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari: Laterza.

BATTAGLIA A. (1954), *Processo alla giustizia*, Bari: Laterza.

CAPPELLINI P. (2010), *'Inconscio inquisitorio' e regimi autoritari: un collegamento 'necessario'?*, in GARLATI 2010, p. 23-42.

CARRARA F. (1874), *I discorsi di apertura*, *cap. I*, *Psicologia*, in: *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca: Giusti, p. 70 ss.

CARRARA F. (1993), *Programma del corso di diritto criminale*, con introduzione di F. Bricola, Bologna: Il Mulino.

CAVANNA A. (2005), *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. 2, Milano: Giuffrè.

CAZZETTA G. (2009), Qui delinquit amat poenam. *Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 38, I, p. 421-494.

DEZZA E. (1983), *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova: Cedam.

DEZZA E. (1992), *Tentativi di riforma del processo penale durante la prima Repubblica Cisalpina*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano: Led, p. 69-157.

DEZZA E. (a cura di) (1985), *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico*, Milano: Giuffrè, 1985.

GARLATI L. (a cura di) (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.

LACCHÈ L. (1990), *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano: Giuffrè.

LACCHÈ L. (1997a), *Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique*, in: *Le pénal dans tous ses états. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di R. Levy e X. Rousseaux, Bruxelles: Publications de l'Université Saint-Louis, p. 303-319.

LACCHÈ L. (2007a), "*L'opinione pubblica saggiamente rappresentata". Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli: Esi, p. 89-147.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LACCHÈ L. (2007b), *La penalistica costituzionale e il liberalismo giuridico. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini*, 36, I, p. 623-655.

LACCHÈ L. (2010), *Sistemare il terreno e sgombrare le macerie. Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in GARLATI 2010, p. 271-304.

MARCHETTI P. (2008), *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona: Cattedrale.

MILETTI M. (2003), *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I. L'attesa*, Milano: Giuffrè.

ROMAGNOSI G. (1842), *Genesi del diritto penale*, Prato: Tip. Guasti.

SBRICCOLI M. (1990), *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano: Giuffrè, 2009, p. 493-590.

SBRICCOLI M. (1991), *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, p. 485-492.

SBRICCOLI M. (1998), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, p. 591-670.

TARELLO G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino.

VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI 2010, p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ETTORE DEZZA

ACCUSA E INQUISIZIONE NELL'ESPERIENZA ITALIANA CONTEMPORANEA

1. Il binomio accusa/inquisizione. — 2. L'attuazione dei principi accusatori nell'esperienza italiana contemporanea. — 3. Una postilla per Romagnosi.

1. *Il binomio accusa/inquisizione.*

Nell'intervento introduttivo a questo incontro tra storici del diritto e studiosi del processo penale Michele Pifferi si è soffermato sul tema del rapporto tra i modelli accusatorio e inquisitorio, e ha opportunamente invitato a diffidare delle costruzioni (e delle ricostruzioni) eccessivamente teoriche e astratte: come storicamente non è mai esistito (neppure, possiamo aggiungere, nelle esperienze di *common law*) un processo accusatorio *puro*, così non è mai esistito un processo inquisitorio *puro*. La vicenda storica del processo penale ci offre al contrario un quadro articolato e composito, formato — come ci ricorda Pifferi — da « contaminazioni, interferenze, scorie e ibridazioni », in una continua e oscillante alternanza, del resto già chiaramente avvertita e sinteticamente descritta da Filippo Maria Renazzi nel 1777 (1).

L'affermazione, nelle sue linee generali, è senz'altro condivisibile, e lo studioso impegnato nella ricostruzione storica dei sistemi di giustizia penale ne può agevolmente verificare l'attendibilità, sebbene talune esperienze come quelle asburgiche di fine Settecento e inizio Ottocento (si pensi alla *Kriminalgerichtsordnung* giuseppina del 1788 o alla *Franziskana* del 1803) appaiano singolarmente vicine,

(1) DEZZA 1989, 153.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

a dire il vero, a quello che viene comunemente percepito e descritto come sistema inquisitorio puro (2).

Nonostante la fondatezza del saggio ammonimento testé ricordato, ritengo peraltro che il binomio accusa/inquisizione resti comunque uno strumento estremamente prezioso e utile per lo studioso del processo penale a livello sia storico che comparativo. Chi guarda oggi con insoddisfazione a questa classica contrapposizione la giudica inadatta per la sua rigidità a rappresentare la complessità tanto dell'esperienza storica quanto del presente (3). Ma è appunto l'uso astratto e privo di elasticità dei due opposti modelli che deve essere respinto (4). In effetti, se utilizzata correttamente e senza eccessivi schematismi, la dicotomia accusa/inquisizione si rivela tutt'altro che rigidamente sterile: essa si risolve, al contrario, in uno strumento straordinariamente duttile, non solo atto a interpretare e comprendere le scelte operate nel tempo dai legislatori (o suggerite dalla dottrina ovvero impostesi nella prassi), ma altresì capace di sottolineare con singolare chiarezza le numerose contraddizioni dei modelli storici e ancor più dei sistemi moderni, caratterizzati da scelte articolate, ibride e spesso non univoche nelle quali con estrema frequenza riaffiorano — talora inconsciamente, talora con recondita consapevolezza (5) — esperienze del passato.

Il rapporto tra *accusatio* e *inquisitio* costituisce dunque, a mio sommesso avviso, un punto di riferimento se non irrinunciabile certo assai difficilmente sostituibile (6), anche e, direi, specialmente nella prospettiva del dialogo tra giuristi storici e giuristi positivi. Gli uni e gli altri, infatti, trovano proprio nel binomio accusa/inquisizione un fecondo e condiviso terreno di studio, una piattaforma comune di esperienza, uno strumento di agevole scambio culturale e, in una parola, un linguaggio comune. A condizione ovviamente che termini quali 'accusatorio' o 'inquisitorio' siano utilizzati con la consapevolezza della complessità storica e dunque in riferimento a modelli concretamente affermatisi e non a costruzioni ideali.

---

(2) Dezza 2006.
(3) Luparia 2002, 2-3 e 8-9.
(4) Dezza 2004, 2.
(5) Garlati 2010.
(6) Passero 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

A questo proposito — e per debito di completezza — mi pare opportuno accennare, peraltro in modo del tutto incidentale, alle implicazioni tutt'altro che rassicuranti delle posizioni assunte da coloro che, sulla scia di Mirjan Damaška (7), hanno proposto di sostituire la classica contrapposizione tra processo accusatorio e processo inquisitorio con quella tra un processo finalizzato alla soluzione di un conflitto tra le parti e un processo avente come scopo l'attuazione del diritto penale sostanziale. Lo storico del diritto, pur ammirando la complessità di siffatte costruzioni, non può non condividere le fiere perplessità già chiaramente manifestate in argomento da Paolo Ferrua (8). L'operazione in oggetto non si limita infatti — come potrebbe sembrare a prima vista a chi, occupandosi di storia e di diritto, è abituato a imbattersi periodicamente in interventi di *restyling* concettuale talora assai rilevanti, come nel caso dei modelli proposti da Herbert L. Packer (9) — non si limita, dicevo, a sostituire vecchi vocaboli e obsolete costruzioni con espressioni più 'moderne' e accettabili (in particolare in ordine al termine 'inquisitorio', notevolmente evocativo e fortunatamente segnato, nel sentire comune, da una pesante connotazione negativa). Essa presenta in realtà — ovviamente per coloro che guardano al garantismo penale come a un valore — un notevole grado di pericolosità in quanto chi voglia leggere in modo interessato questo 'nuovo' binomio trova in esso abbondante sostanza per giustificare l'affermazione che solamente metodi e istituti di matrice e di spirito inquisitorio siano in grado di accertare la verità dei fatti e, dunque, di condurre all'attuazione del diritto penale sostanziale.

È appena il caso di rammentare che riposano esattamente su siffatte convinzioni le sentenze di restaurazione giudiziaria con le quali nei primi anni Novanta del secolo passato si intese depotenziare se non annullare gli effetti di talune innovative scelte operate dal legislatore del 1989 e riposizionare al centro del sistema quel principio (da taluni definito un vero e proprio "mito") della "ricerca della verità materiale" che per secoli nell'Europa continentale è stato il grimaldello che ha consentito di scardinare qualsiasi ordine, limite

(7) Damaška 1991 (1986).
(8) Ferrua 2007, 242-246; Id. 2009, 212-217.
(9) Packer 1978 (1968).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

o regola nella prassi di accertamento del reato (10). Sul punto, penso che resti ben fermo nella memoria degli addetti ai lavori l'esordio tanto solenne quanto gravido di conseguenze della sentenza costituzionale 225 del 1992, secondo la quale « fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità ».

2. *L'attuazione dei principi accusatori nell'esperienza italiana contemporanea.*

Passo ora al tema principale che vorrei brevemente toccare nella presente occasione, e che riguarda la presenza nel vigente sistema penale italiano dei principi accusatori così come auspicato della stessa legge delega che sta alla base del codice Vassalli. Prendo le mosse da un interrogativo che forse può sembrare provocatorio. La provocazione consiste nel chiedersi se risponda a verità il luogo comune secondo il quale con l'entrata in vigore del codice del 1989 vi sia stata in Italia un'attuazione dei principi del processo accusatorio. Che ciò sia avvenuto è opinione diffusa. Nondimeno — confortato da prese di posizione di osservatori neutrali, secondo i quali « the development of the 1989 reform seems to have put Italy at a cross-roads between the adversarial and inquisitorial systems » (11) — ritengo che la risposta alla domanda testé formulata possa essere solo *parzialmente* positiva, a causa di una serie di fattori che cercherò di illustrare nelle pagine seguenti.

In Italia nel 1989 vi è indubbiamente stata una sorta di recezione di alcuni settori del modello accusatorio di *common law*. Di tale modello, peraltro in costante evoluzione, è stata presa in particolare considerazione dal nostro legislatore — al termine di un lungo e accidentato periodo di elaborazione normativa (12) — non tanto la matrice inglese quanto la versione *adversary* nordamericana, consolidatasi nel periodo della « rivoluzione del *due process* » susseguente alle numerose e innovative sentenze della Corte Suprema statunitense rese durante il periodo della presidenza del *Chief Justice* Earl

(10) Giarda 1980, p. 5; Amodio 2010, p. 13.
(11) Langer 2004.
(12) Chiavario 1994; Garlati 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Warren (1953-1969) (13). Si tratta di un modello che ha come presupposto una diffusa presenza della difesa tecnica anche nella fase preliminare (al riguardo vi è del resto, in Italia, un chiaro precetto costituzionale) e che s'incentra sul principio della formazione della prova in contraddittorio e in udienza (e non è stato certo un caso se la testé citata controriforma dei primi anni Novanta abbia avuto come obiettivo primario proprio questa parte del codice). Di grande rilevanza appare, in questo contesto, la creazione, attraverso il terzo libro del codice Vassalli, di un vero e proprio diritto delle prove penali che, almeno nelle intenzioni del legislatore, doveva da un lato ribaltare con una forte iniezione di legalità i principi sostanzialmente arbitrari posti in materia dal codice Rocco (ad esempio attraverso l'obbligo dettato dall'art. 299 di porre in essere qualsiasi atto ritenuto necessario all'accertamento della verità) e dall'altro attribuire un ruolo centrale all'iniziativa probatoria delle parti (14), collocate su un piano di tendenziale parità.

Detto questo (e omettendo di fare riferimento in questa occasione al patteggiamento, istituto non privo, anche nel paese di origine, di consistenti profili che lo ricollegano a esperienze inquisitorie), ritorno all'interrogativo di partenza e mi chiedo se sia lecito — con riferimento all'attuale situazione italiana — parlare *generalmente* di un sistema penale accusatorio e di una *generalizzata* attuazione dell'accusatorio. Prendo spunto da quanto affermato in precedenza circa la necessità di considerare il binomio accusatorio/inquisitorio non astrattamente ma sulla base di effettivi modelli storici, e guardo allora ai sistemi accusatori affermatasi storicamente in ambito di *common law*. E qui trovo tutta una serie di fondamentali caratteristiche distintive che nel nostro attuale ordinamento non compaiono. Faccio solo tre esempi, che mi paiono comunque particolarmente significativi. Si tratta della (non) obbligatorietà dell'azione penale (15), della netta separazione (personale, istituzionale e concettuale) tra chi accusa e chi giudica, e della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia attraverso l'istituto della giuria.

---

(13) Amodio-Bassiouni, 1988; Kagan 2009 (2001), p. 96-98.

(14) Amodio 2010, p. 13.

(15) Luparia 2002; Miletti 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Sui primi due argomenti non mi soffermo (sebbene essi abbiano forti ricadute su quanto si dirà più avanti): siamo di fronte a temi oggetto di un serrato dibattito che risulta largamente noto e che va ben al di là dell'ambito tecnico e dottrinale. Sul terzo argomento mi limito a osservare che quando parlo di giuria mi riferisco alla partecipazione popolare piena ed effettiva e non a quella presenza larvale scaturita nel continente in precisi contesti storico-politici novecenteschi e la cui data di nascita (1931, nel caso italiano) (16) la dice lunga sulla rispettiva matrice ideologica (17). A chi poi eccepisca che in realtà anche negli attuali sistemi di *common law* solo una percentuale relativamente piccola dei procedimenti penali arriva a sentenza passando attraverso il *verdict* di una giuria, è agevole far rilevare come in quegli ordinamenti sia proprio il *trial by jury*, benché oggi statisticamente meno diffuso di un tempo, a collocarsi nel cuore del sistema, a segnarne i caratteri e a rappresentarne l'elemento catalizzatore. E anche in Inghilterra, ove oggi la percentuale di procedimenti decisi con giuria non supera il 2% del totale, il *trial by jury* non solo apre all'accusato di *indictable offences* una strada sempre percorribile, ma ha altresì costituito il punto di riferimento, costante anche se talora sottinteso, per l'intenso processo riformatore sviluppatosi oltre Manica dalla seconda metà del XX secolo (18).

Già gli elementi testé citati (e se ne potrebbero aggiungere altri più specifici semplicemente riflettendo su numerosi istituti di *common law*: dal *bail* ai *general warrants*, dalla *probable cause* ai *Miranda warnings*) basterebbero per far seriamente dubitare di una piena attuazione dei modelli storici di processo accusatorio nel nostro ordinamento, che sembra piuttosto aver delineato un sistema accusatorio 'all'italiana', frutto di una serie più o meno estesa di compromessi e nel quale l'effettiva parità delle parti assume talora contorni chimerici. Il fatto è, peraltro, che le perplessità più forti circa l'effettiva e concreta conversione accusatoria del nostro sistema penale non scaturiscono affatto da insufficienze normative o dalla mancata recezione di istituti più o meno essenziali per le esperienze

(16) Avanzini 1989, p. 184.
(17) Orlandi 2010.
(18) Dezza 2009, p. 133-134.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di *common law* ovvero dal fatto che talora anche nel nostro codice — cosa del resto ben comprensibile — riaffiorino scorie inquisitorie (si pensi ad esempio all'art. 358 c.p.p., singolarmente simile anche nella terminologia al § 151 della citata *Kriminalgerichtsordnung* di Giuseppe II del 1788) (19). Ciò che in realtà maggiormente colpisce e solleva interrogativi è la prassi sottesa all'applicazione del codice, o meglio, per essere più espliciti, è quell'insieme di fattori che nell'ultimo ventennio hanno disegnato, come è stato scritto, « l'architettura invisibile della giustizia penale » italiana (20), grazie alla quale il testo del 1989 — pur se oggi fortunatamente sostenuto da opportune riforme costituzionali (21) — finisce per costituire il codice dell'accusatorio possibile all'interno di una attitudine inquisitoria che pare ineluttabile.

Intendo riferirmi al fatto che un testo comunque basilare quale il codice Vassalli, sostanzialmente aperto alla concreta affermazione di alcuni almeno tra i principi e gli istituti di matrice storicamente accusatoria, viene frequentemente applicato come se in realtà esso costituisse l'ennesima reincarnazione del vecchio modello napoleonico di processo misto. Cioè di un modello nel quale le parti dedicate all'oralità, alla pubblicità, al contraddittorio, ai diritti della difesa e, in una parola, alle garanzie, hanno costituito per due secoli — si badi bene: se e quando previste dal legislatore — una sorta di rassicurante e ornamentale appendice a un procedimento che a ben vedere veniva già definito e in buona sostanza deciso nei suoi esiti durante una lunga e complessa fase istruttoria — scritta, segreta e preclusa a qualsiasi intervento della difesa — che altro non rappresentava se non la riproposizione della ben conosciuta *inquisitio* di *Ancien Régime* (22).

Anche oggi continuiamo ad assistere a lunghissime fasi preliminari che ai fini del giudizio finiscono per contare agli occhi del pubblico — e non solo — assai più di quanto avvenga in udienza, con una sproporzione che perpetua una plurisecolare tradizione continentale (e si noti in via del tutto incidentale come nel modello

(19) Nobili 1998, p. 87; Dezza 2006, p. 76-77.
(20) Amodio 2010, p. 12 e 16.
(21) Amodio 2004; Ferrua 2007.
(22) Cipolla 2002.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di *common law* il processo vero e proprio — *trial* — sia esclusivamente quello che si svolge in udienza, mentre tutto quello che avviene prima — *pretrial* — resta *fuori* dal processo) (23).

Anche oggi le fasi preliminari producono — secondo consolidati canoni inquisitori e con buona pace del principio d'oralità — migliaia di pagine di verbali che i vecchi criminalisti non avrebbero esitato a definire *processo offensivo*. E nel sentire comune queste migliaia di pagine finiscono per assurgere — giova sottolinearlo — a misura della rilevanza di un procedimento, e ne costituiscono la sostanza.

Anche oggi la prassi ci insegna che « il sovrano assoluto della prova » (24) resta il giudice dibattimentale e in particolare il presidente della corte, nonostante le limpide indicazioni di legge che affidano alle parti — come già sottolineato — un ruolo centrale in materia (si pensi agli artt. 190-191 c.p.p. e alla nuova formulazione dell'art. 506 c.p.p.). E di fronte a una siffatta situazione, ci si può senz'altro domandare cosa sia realmente cambiato da quando erano in vigore l'art. 484 del codice Romagnosi del 1807 (« Il presidente di ogni tribunale o corte […] è rivestito del potere che si chiama di discrezione: in virtù di esso ei può fare di sua autorità tutto ciò che gli sembri conducente a scoprire la verità. La legge ne incarica il suo onore e la sua coscienza ») o l'analogo art. 268 del *Code d'Instruction Criminelle* del 1808 (« Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu' il croira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation »).

Anche oggi il ricorso a domande suggestive appare all'ordine del giorno, segnatamente nel contesto dibattimentale e da parte del presidente della corte (25). Questa diffusa pratica appare particolarmente sconcertante a chi si sia occupato di storia del processo penale in quanto il divieto di porre domande suggestive rappresenta uno dei più risalenti tra gli interventi di modernizzazione della disciplina processuale che, sulla scia del pensiero illuminista, intesero riforma-

(23) Marchetti 2007.
(24) Amodio 2010, p. 14.
(25) Amodio 2009, p. 22-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

re dalla seconda metà del XVIII secolo l'amministrazione della giustizia penale. Esso appare in Italia con il § 158 della Norma Interinale lombarda del 1786 (a sua volta ispirata al § 31 della *Constitutio Criminalis Theresiana* del 1768), è fissato una volta per tutte dal codice Romagnosi (art. 204) (26) e da quest'ultimo transita in tutti i successivi codici italiani, compresi i meno noti (Ticino 1816, art. 124; Isole Jonie 1844, artt. 80, 116, 152; San Marino 1878, art. 24) e i più retrivi (come il Regolamento Gregoriano del 1831, art. 347). Né va sottaciuto che la violazione di tale divieto comportava sovente pesanti sanzioni nei confronti del magistrato responsabile: il codice di Parma e Piacenza del 1821 ne prevedeva ad esempio (art. 159) l'immediata destituzione (27). In altre parole, il divieto di domande suggestive (assente, e il dato non è casuale, nel *Code d'Instruction Criminelle* del 1808) ha costituito nella moderna vicenda della giustizia penale in Italia una sorta di cartina di tornasole in ordine alla progressiva diffusione delle nuove sensibilità postbeccariane. Di conseguenza, non lascia indifferenti il fatto che molti tra i moderni addetti ai lavori sembrino aver completamente dimenticato le dure parole con cui Gaetano Filangieri aveva bollato, nella *La Scienza della Legislazione*, « gli artificj a' quali, pur troppo, si ricorre per sedurre gli infelici che si ritrovano ne' legami della giustizia e per istrappare dalla loro bocca una confessione » (28).

Anche oggi istituti come la custodia cautelare e il carcere preventivo finiscono per rappresentare in non poche occasioni surrogati degli antichi mezzi elaborati con *iraconda compiacenza* per ottenere confessioni o deposizioni conformi alle attese dell'inquirente (29). Ennio Amodio è esplicito al riguardo, e ci informa che attualmente « le misure coercitive continuano ad essere largamente applicate al fine di acquisire dall'indagato dichiarazioni ammissive o autoincriminanti. Una norma di cristallina chiarezza vieta di usare il carcere per scardinare il diritto al silenzio (art. 274 c. 1 lett. a, c.p.p.), ma la prassi mostra come il divieto venga spesso aggirato *ad eruen-*

(26) Dezza 1983, p. 332.
(27) Dezza 2011, p. 122.
(28) Dezza 1998, p. 345-346.
(29) Grevi 1971, p. 23-27; Giarda 1980; Garlati 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dam veritatem » (30). A commento di queste ultime parole lo storico del diritto si limita a proporre sommessamente al cortese lettore di riflettere su un testo di legge preso a caso nella nostra ricca tradizione codicistica e risalente, si badi bene, agli anni della piena Restaurazione. Si tratta del *Motuproprio* toscano del 6 agosto 1838, contenente il « piano uniforme di amministrazione di Giustizia » per il Granducato. In esso leggiamo il seguente articolo: « CLXXXVIII. Non potrà aver luogo la carcerazione dell'imputato di un delitto, o di una trasgressione, fuori dei casi nei quali, attesa la natura del fatto delittuoso, la custodia dell'imputato pendente il processo sia ordinata dalle Leggi, e mai potrà essere ordinata per il solo capo di esperimentarlo, ed ottenerne un mezzo di prova. Non potrà neppure in qualunque processo aver luogo la carcerazione del testimone, sia indotto dal Fisco, o dall'imputato, per la causa detta di sopra di farne esperimento, e mezzo di prova ». Segnalo ancora che parecchi anni prima del legislatore granducale un penalista 'napoleonico' e tutt'altro che rivoluzionario come Tommaso Nani aveva potuto recisamente affermare nei suoi *Principi di giurisprudenza criminale* (1812) non solo che « niuno debb'essere obbligato a rendere una testimonianza che lo risguardi », ma anche che « non è lecito ottenere col mezzo della violenza e della seduzione veruna specie di confessione o di scoperta » (31).

Mi fermo a questo punto, anche se il *cahier de doléances* sulla "illusione accusatoria" (32) potrebbe allungarsi probabilmente a dismisura. Senza toccare lo spinoso argomento delle intercettazioni, accenno ancora al fenomeno — sulle cui cause sarebbe utile indagare — costituito dalla centralità che nel nostro sistema penale sembra di nuovo assumere, in questi ultimi anni e nei suoi aspetti più inquietanti, l'antico paradigma della piena prova legale. Basti pensare, al riguardo, alla tendenza a enfatizzare lo strumento tecnico e in particolare la perizia scientifica (33), informatica (34), biomedica (a partire da quella relativa al DNA) come fonte di acquisizioni indi-

(30) Amodio 2010, p. 16.
(31) Dezza 1983, p. 332.
(32) Mazza 2010.
(33) Tonini 2011.
(34) Luparia-Ziccardi 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

scutibili e definitive e dunque come 'nuova' *regina probationum*, ovvero alla insistita ricerca — purtroppo in molti casi con i mezzi e i metodi cui abbiamo in precedenza fatto riferimento — della 'vecchia' *regina probationum*, la confessione (35). Cito infine — per completezza ma senza alcuna intenzione di entrare nel merito del problema — la questione gravissima della mediatizzazione, se così si può dire, della giustizia penale, che non solo trasferisce quest'ultima dalle aule di giustizia a una sorta di « foro mediatico » (36) costituito dalle televisioni e dai giornali, ma talora ci consente di partecipare quasi in diretta ai più delicati adempimenti istituzionali. Come è avvenuto — ma parlo in via di mero esempio — durante il TG1 delle 13,30 del 17 novembre 2010, quando il perplesso autore di queste note ha distintamente udito un inquirente rivolgersi a una testimone con queste parole: « Le ricordo, se non le è stato ancora detto, che lei sta testimoniando sotto giuramento, e che la falsa testimonianza è un reato molto grave ».

Molti percorrono ancora oggi, dunque, e con piena convinzione, gli antichi e oscuri sentieri della giustizia penale inquisitoria, nata per sudditi e non per cittadini. E sarebbe senz'altro opportuno, come auspica Ennio Amodio (37), approfondire storicamente — a duecentocinquant'anni dal *Dei delitti e delle pene* — le matrici di questa attitudine incomprimibile e purtroppo assai diffusa, in grazia della quale autorevoli esponenti della magistratura — come è accaduto a Trani il 15 novembre 2008 in occasione del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto — non esitano a descrivere come fastidiosi impacci principi assolutamente fondamentali come quello della presunzione di innocenza e dell'obbligo di motivazione (che restano, a sommesso avviso di chi scrive, irrinunciabili capisaldi di civiltà giuridica).

A fronte di una siffatta situazione non possiamo dunque stupirci se — nell'attesa del pieno recupero di una cultura della giurisdizione che restauri la effettiva imparzialità del giudice sottraendolo al ruolo di fratello maggiore del pubblico ministero — assistiamo con maggiore o minore frequenza al verificarsi di piccoli o grandi nuovi casi

(35) Luparia 2006, p. 8-9.
(36) Giostra 2006, p. 527-529.
(37) Amodio 2010, p. 15-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Calas. Dopo duecentocinquant'anni — come leggo nella presentazione di una riedizione degli scritti di Voltaire — « le fusil ou la prison ont pu remplacer le bûcher », ma « les Calas sont encore de notre temps » e, sfortunatamente per noi, « il n'y a pas toujours un Voltaire pour le dire » (38).

3. *Una postilla per Romagnosi.*

Per concludere con toni un po' più rassicuranti, riassumo brevemente le vesti del pedante storico del diritto rivolgendomi ai tanti colleghi e amici che, sempre più numerosi, studiano da giuristi positivi il diritto processuale penale con la compiutezza e la consapevolezza che solo la dimensione storica e comparatistica può offrire. I brillanti e innovativi risultati delle loro ricerche — a cominciare dal relazione introduttiva di Renzo Orlandi a questo incontro — sono sotto gli occhi di tutti gli addetti ai lavori. Nondimeno, mi prendo la libertà di rammentare sommessamente proprio ai colleghi studiosi delle scienze processualpenalistiche che se è vero che — come insegna un *topos* storiografico in realtà assai risalente e tuttora notevolmente diffuso, segnatamente tra i cultori del diritto positivo — il *Code d'Instruction Criminelle* del 1808 può e deve costituire un importante punto di riferimento per l'evoluzione del processo penale in Italia tra Otto e Novecento, è altrettanto vero che all'origine di tale evoluzione non può non essere collocato il già citato Codice di Procedura Penale del Regno d'Italia del 1807, comunemente noto — dal nome, prestigioso, del suo autore — con la denominazione di codice Romagnosi.

Anche nel caso del testo italico siamo indubbiamente di fronte alla messa in opera di un sistema processuale che può essere definito 'misto' e 'napoleonico'. Ma le specificità rinvenibili nel codice Romagnosi sono talmente numerose e di tale rilevanza da farne un testo tutt'altro che assimilabile a quello transalpino (rispetto al quale esso vanta, tra l'altro, un primato cronologico). Ma non basta. Il fatto che le specificità testé accennate abbiano in progresso di tempo segnato l'intera vicenda storica della codificazione della procedura

(38) Van den Heuvel 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

penale in Italia ci autorizza a concordare pienamente con Franco Cordero quando egli attribuisce al testo romagnosiano, primo e autonomo modello italiano di codificazione processuale penale, la qualifica di « codice capostipite », retrodatando altresì a questo codice la prima manifestazione di quella tendenza tipicamente italiana al « garantismo inquisitorio » che ha segnato, secondo la nota formula a suo tempo proposta da Ennio Amodio (39), un lungo periodo della recente storia di questo ramo del diritto.

Leggiamo al riguardo quanto scriveva alcuni anni or sono sul codice italico l'illustre studioso piemontese: « il capostipite nasce a Milano, capitale del Regno, l'8 settembre del 1807, […] L'artefice è Giandomenico Romagnosi. […] Incidono sul futuro legislativo questi 800 articoli, dalla topografia alla nomenclatura: ad esempio, nullità assolute e relative (artt. 11-14), tipologia probatoria (artt. 143-222), cassazione (artt. 514-555), revisione (artt. 682-678), competenza e relativi conflitti (artt. 712-733); e configurano uno stile italiano, connotato da garantismo inquisitorio, eloquio fluente, previsioni microanaliticamente tagliate, gusto della macchina complicata, reticenza sulle scelte capitali » (40).

Queste parole sono più che sufficienti per farci capire come la struttura e il lessico delle codificazioni penali italiane siano largamente debitrici al testo del 1807. Ma l'*imprinting* romagnosiano va ben al di là di questi aspetti formali. Anche da un punto di vista sostanziale l'eredità romagnosiana è tutt'altro che trascurabile — nel bene e nel male, ovviamente — e all'elenco già formulato da Cordero e testé riportato credo sia possibile aggiungere anche i punti relativi al complesso degli adempimenti istruttori, alla disciplina della decisione in camera di consiglio e a quella formula tripartita innocente/colpevole/*non liquet* che attraverso una rapida evoluzione normativa (del resto già manifestatasi nel codice parmense del 1821 (41)) darà ben presto vita all'istituto dell'assoluzione per insufficienza di prove, destinato a segnare a lungo la nostra tradizione processuale.

---

(39) Amodio 1977, p. 182.
(40) Cordero 1984, p. 69-73.
(41) Dezza 2011, p. 127-128.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Riferirsi al *Code d'Instruction Criminelle* come a un elemento imprescindibile nella moderna vicenda del processo penale in Italia è dunque — lo ribadisco — pienamente corretto, ma il ruolo assolutamente centrale giocato in questa stessa vicenda dal codice Romagnosi — non di rado come modello occulto (42) — credo possa autorizzarmi a questa breve ma doverosa precisazione.

Riferimenti bibliografici

AMODIO E. (1977), voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano: Giuffrè, 181-257.

AMODIO E. (2004), *The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy*, in *The American Journal of Comparative Law*, LII, 2, 489-500.

AMODIO E. (2009), *L'arte del controesame e le anomalie dell'*Italian style, in Wellman F. L. (ed.), *L'arte della* cross-examination, Milano: Giuffrè, 5-25.

AMODIO E. (2010), *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, p. 11-21.

AMODIO E., BASSIOUNI M. C. (a cura di) (1988), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano: Giuffrè.

AVANZINI A. (1989), voce *Corte di assise (ordinamento italiano)*, in *Digesto. Quarta edizione. Disc. Pen.*, Torino: UTET, p. 178-190.

CHIAVARIO M. (1994), *Procedura penale. Un codice tra "storia" e cronaca*, Torino: Giappichelli.

CIPOLLA P. (2002), *Dal* Code Louis *al* Code Napoléon*: un caso di ricorso storico?*, in *I codici napoleonici*, II, *Codice di istruzione criminale, 1808*, Milano: Giuffrè, p. 41-79.

CORDERO F. (1984), *Procedura penale*, Milano: Giuffrè.

DAMAŠKA M. R. (1991), *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, (*The Faces of Justice and State Authority*, 1986), trad. it., Bologna: il Mulino.

DEZZA E. (1983), *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova: Cedam.

DEZZA E. (1998), *Il procedimento criminale nelle leggi napoletane del 1808. Prime note*, in S. Vinciguerra (ed.), *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova: Cedam, p. 335-363.

DEZZA E. (2000), *Il modello nascosto. Tradizione inquisitoria e riferimenti napoleonici nel Regolamento Organico e di Procedura Criminale del 5*

(42) DEZZA 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

novembre 1831, in S. Vinciguerra (ed.), *I Regolamenti penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Padova: Cedam, p. 91-109.

Dezza E. (2004), *Modello inquisitorio, modello accusatorio e ruolo della vittima nel processo penale: alcune riflessioni preliminari in prospettiva storica*, in *Acta Histriae*, 12, 1, Contributi dal Convegno Internazionale *Crimini senza vittime. La vittima nello scenario del processo penale* (Capodistria, 23-25 ottobre 2003), p. 1-10.

Dezza E. (2006), *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice* factotum *nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in Miletti 2006, p. 13-77.

Dezza E. (2009), *Breve storia del processo penale inglese*, Torino: Giappichelli.

Dezza E. (2011), *Il codice di processura criminale di Maria Luigia*, in Micolo F., Baggio G., Fregoso E. (edd.), *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Atti del Convegno (Parma, 14-15 dicembre 2007), Parma: MUP, p. 105-143.

Ferrua P. (2007), *Il 'giusto processo'*, seconda edizione, Bologna: Zanichelli.

Ferrua P. (2009), *Un nuovo processo penale dopo il codice Zanardelli. Il codice del 1913 e le origini del garantismo inquisitorio*, in S. Vinciguerra (ed.), *Codice Penale per il Regno d'Italia (1889)*, Padova: Cedam, 2009, p. 197-217.

Garlati L. (2006), *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in Miletti 2006, p. 265-359.

Garlati L. (ed.) (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.

Giarda A. (1980), *"persistendo 'l reo nella negativa"*, Milano: Giuffrè.

Giostra G. (2006), *L'opinione pubblica in tribunale e il tribunale dell'opinione pubblica*, in Miletti 2006, p. 515-529.

Grevi V. (1971), *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto di difesa nel processo penale italiano*, Milano: Giuffrè.

Kagan R. A. (2009), *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto* (*Adversarial Legalism. The American Way of Law*, 2001), trad. it., Bologna: il Mulino.

Langer M. (2004), *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal* 45, 1, p. 1-64.

Luparia L. (2002), *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. It.*, LIV, p. 3-13.

Luparia L. (2006), *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano: Giuffrè.

Luparia L., Ziccardi G. (2007), *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano: Giuffrè.

Marchetti P. (a cura di) (2007), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riflessione interdisciplinare, Atti del Convegno (Teramo, 4 maggio 2006), Napoli: Esi.

MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria. Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in GARLATI 2010, p. 153-166.

MILETTI M. (2010), *Premessa storica* a *Opinioni a confronto. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, p. 304-327.

MILETTI M. (a cura di) (2006), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno, Foggia, 5-6 maggio 2005, Milano: Giuffrè.

NOBILI M. (1998), *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova: Cedam.

ORLANDI R. (2010), *La riforma fascista delle Corti d'assise*, in GARLATI 2010, p. 225-240.

PACKER H. L. (1978), *I limiti della sanzione penale* (*The limits of the criminal sanction*, 1968), presentazione di G. Vassalli, Milano: Giuffrè.

PASSERO L. (2003), *Processo accusatorio e processo inquisitorio. Appunti per una riflessione sull'opera di Franco Cordero*, in *Studi Senesi*, CXV, p. 530-556.

TONINI P. (2011), *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, p. 360-369.

VAN DEN HEUVEL J. (ed.) (1975), *Voltaire. L'affaire Calas et autres affaires*, Paris: Gallimard.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

TOMMASO RAFARACI

"VIS MODICA" E ALTRI ESPEDIENTI. LA POLEMICA SUGLI INTERROGATORI DURI AL PROCESSO PER LA MORTE DI ANNARELLA BRACCI

1. Un caso di cronaca ormai lontano ma al suo tempo eclatante vive nella memoria, senza disperdersi, anche per le peculiari vicende del processo che ne seguì. La cronaca — siamo nel 1950 — è quella dell'omicidio di una ragazzina dodicenne, Anna Maria Bracci (Annarella) nella borgata romana di Primavalle. Annarella, la sera del 3 marzo, a circa due settimane dalla sua scomparsa, viene ritrovata cadavere in fondo a un pozzo, dove era stata gettata — come poi si accertò — dopo aver subìto un tentativo di violenza sessuale e ripetuti colpi alla testa seguiti alla sua reazione. L'episodio suscita nella capitale e nel Paese grande impressione. Annarella appartiene a una famiglia poverissima, sicché lo sconcerto e la pietà umana per la violenza su una vittima così fragile si caricano di motivi etico-sociali. In clima neorealistico, il tema del disagio e della miseria della vita nelle borgate romane farà da sfondo agli sviluppi giudiziari del caso (1).

Questi sviluppi non si fanno attendere. Il 10 marzo, a una settimana dal suo fermo (avvenuto la stessa sera del ritrovamento di Annarella), Lionello Egidi, un amico di famiglia, in questura confessa. Prima davanti al commissario di p.s. e l'indomani, sempre in questura, anche davanti al pubblico ministero. Ma il 14 marzo, nel

(1) Basta consultare l'enciclopedia Wikipedia, alla voce "Annarella Bracci", per ottenere un ampio indice documentario e bibliografico sul caso. A esso, insieme a tanti altri, si interessarono, ciascuno con il suo "linguaggio", Luchino Visconti e Vasco Pratolini, Carlo Lizzani e Igor Man; nonché, in una fulminante polemica, Curzio Malaparte (*Gli assassini siamo noi*, in *Il Tempo*, 7 marzo 1950) e Pietro Ingrao (*Gli assassini siete voi*, in *L'Unità*, 8 marzo 1950).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

corso di ulteriore interrogatorio condotto dal pubblico ministero (2), stavolta in carcere, arriva la ritrattazione. Ed emergono squarci di "procedura invisibile". Egidi lamenta di essere stato trattato duramente, di aver subito, a più riprese, seri maltrattamenti. Emerge, inoltre il ricorso ad agenti provocatori, che in questura gli avevano suggerito di confessare, davanti alla polizia giudiziaria, per evitare altre violenze, e di ritrattare successivamente davanti al magistrato. Ma Egidi affermerà che nell'interrogatorio dell'11 marzo nessuno gli aveva fatto presente di trovarsi proprio davanti a un magistrato. Qui è da dire, in breve, che, se non sempre esattamente nei termini lamentati da Egidi, questo quadro riceverà sostanziale conferma.

Non se lo nasconde, l'11 gennaio 1952, durante la sua requisitoria nel dibattimento davanti alla Corte di assise di Roma, il pubblico ministero dott. Tartaglia. Ma dal suo approccio fin troppo schietto a un tema così scabroso nasce, piuttosto inopinatamente, una polemica di sostenuto profilo. Avviene infatti che, a riprova del grande scalpore destato dalla triste storia di Annarella, anche la stampa straniera segue il processo. Un foglio francese, in particolare, sotto il titolo eloquente *Un procureur italien défend la « manière forte » dans les interrogatoires*, riporta un passaggio dell'intervento del pubblico ministero. Il quale, secondo il resoconto, avrebbe detto: — *En tant qu' homme, je suis convaincu que les fonctionnaires de la police ont frappé Egidi. Ne dissimulons pas ce qui est manifeste, presque de notoriété publique*. All'ammissione segue la presa di distanza: — *Je déclare en ce qui me concerne que lorsqu' on agit contre une personne sans défense, on est vil, et je ne peux le justifier*. Per poi riprendere, tuttavia, così: « *Mais la théorie est une chose et la réalité en est une autre. D'ailleurs, un célèbre juriste, le professeur Carnalutti* [sic!] *en examinant le problème de la torture, affirme que celle-ci doit être supprimée, uniquement parce qu' elle n'offre aucune garantie de la vérité. S'il y avait toutefois un moyen d'arracher la vérité par une torture modérée, il faudrait le faire* » (3).

Il resoconto di *France-Soir* è ripreso da *Esprit*, la prestigiosa rivista fondata nel 1932 da Emmanuel Mounier, luogo di coltura del

(2) Il primo racconto di Egidi, soprattutto con riguardo al mezzo usato per colpire, non aveva trovato riscontro nei dati emersi dall'esame autoptico sul corpo della ragazza.

(3) *France-Soir*, 13-14 gennaio 1952.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

suo messaggio personalistico e, sempre più spesso, punto di lancio di coraggiose "battaglie" politiche in favore della libertà e della democrazia (4). *Esprit* nel numero di marzo del 1952 pubblica una nota fortemente polemica (5). Il corsivo critica vivacemente la prassi dell'uso dei metodi duri e della violenza negli interrogatori, ancora una volta documentata dal caso Egidi, ma stigmatizza soprattutto, con toni amaramente sarcastici, che tali prassi — è questo il fatto nuovo e preoccupante — possano ricevere anche giustificazione ufficiale dalla tolleranza che si coglie nelle parole del pubblico ministero romano e, addirittura, dal pensiero di un autorevole giurista (6). Il caustico corsivo di *Esprit* viene notato in Italia. Piero Calamandrei lo segnala a Francesco Carnelutti, invitandolo a precisare il suo pensiero sulla rivista *Il Ponte*, diretta da Calamandrei. Carnelutti accoglie l'invito, dettando per *Il Ponte* una lettera, cui Calamandrei aggiunge una postilla. L'una e l'altra vengono pubblicate da Carnelutti anche nella sua *Rivista di diritto processuale* (7). E, da qui, è una pagina nota. Carnelutti si sforza di chiarire un certo frainteso del brano delle sue *Lezioni sul processo penale* richiamato dal pubblico ministero nella requisitoria (8), ma in parte corregge la rotta delle sue idee. Il ricorso alla tortura, ancorché "moderata", come a ogni altro mezzo che limiti la libertà di coscienza, va respinto — dice — perché la confessione in tal caso mancherebbe di quella spontaneità e assunzione di responsabilità che è necessaria al pentimento. Nella visione carneluttiana della pena come medicina, non vi è spazio per il diritto al silenzio dell'inquisito (9), ma non vi è

---

(4) REALE-ANTISERI 2008, p. 450.

(5) GABEL 1952, p. 464 ss.

(6) Si nota in particolare, senza troppi riguardi, che « *Selon ce digne compatriote de Beccaria, la torture n'a qu' un seul défaut c'est d'être une source d'erreurs* » (GABEL 1952, p. 464).

(7) CARNELUTTI 1952, p. 234 ss.

(8) « La tortura dev'essere respinta perché non offre alcuna garanzia di verità della risposta del torturato, non perché lo costringe a palesare un segreto. Perciò se vi fosse un mezzo di coercizione, il quale fornisca tali garanzie, senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse adottato »: CARNELUTTI 1947, p. 168.

(9) La garanzia, estranea al pensiero di Carnelutti, comparirà, tuttavia, nel Progetto del 1962. Sul punto v. MAZZA 2010, p. 162 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

spazio — è questo il chiarimento — neppure per la coercizione (anche non dolorosa) a confessare, poiché senza spontaneità la confessione non è tale e il pentimento non si può avere. Come notò peraltro Calamandrei nella sua postilla, negare il diritto al silenzio dell'inquisito e attribuire alla confessione la finalità religiosa del pentimento spinge inevitabilmente a esercitare pressione sull'inquisito e conduce a fil di logica alla legittimazione della tortura (10). E in effetti le peculiarità del pensiero carneluttiano non si sposano con l'idea che il rifiuto della tortura e di ogni altra pratica lesiva della libertà di coscienza debba essere meglio fondata sul valore attribuito alla persona umana in quanto tale, senza riguardo a fini di sorta.

La polemica innescata dalla rivista francese puntava invece proprio su questo profilo. Nell'Europa da pochi anni uscita dalla guerra — e che sarebbe stata ancora a lungo divisa tra due mondi — l'idea dell'autonomia del valore della persona rispetto a qualsivoglia fine rifonda l'esigenza di una sfera intangibile, di un limite invalicabile, che trovi la sua risorsa giuridica nei diritti inviolabili dell'uomo (11). Al di là del severo stigma sull'"accidentale", per quanto imbarazzante caso italiano, la riesumazione retorica della critica illuministica alla tortura giudiziaria, appare quindi nel corsivo di *Esprit* come metafora della critica a più vaste e contemporanee oppressioni. In questa chiave, la polemica sulla tortura offre terreno fertile per riflessioni di respiro universalistico, che conducono a notare come anche sul versante delle "giustificazioni" della tortura è secondario chiedersi per quale fine specifico (inquisitorio-conoscitivo, emendativo, preventivo, repressivo, dichiaratamente oppressivo) ad essa si faccia di volta in volta ricorso, dato che ciò che è proprio della tortura è l'essere comunque una pratica espressiva di un'assiologia negativa: *« celle de la non-valeur normale donc de la culpabilité essentielle, de l'être humain »*. Una teoria di non-valore della persona, che fa presumere una sua colpa "essenziale", agli antipodi della teoria del valore dell'individuo su cui si fonda la presunzione d'innocenza. La condizione di inquisito, accusato, o

(10) Postilla a CARNELUTTI 1952, p. 239.

(11) Nel vivo dibattito di quegli anni, anche il rifiuto della pena di morte vedrà prevalere decisamente accenti personalistici sugli argomenti, di ascendenza illuministica, della sua inutilità o di una generica disumanità.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

semplicemente controllato, sorvegliato, acquista così i connotati di un'angosciosa normalità, imposta da una filosofia negativa sul valore dell'individuo. Nell'ottica contemporanea, quindi, la tortura giudiziaria, paradigma di ogni pratica lesiva del bene primario della libertà di coscienza, non è che un segmento di una più ampia tentazione "totalitaria" (12), che comprende ogni altra aggressione ai diritti fondamentali della persona. E, in simile prospettiva, quanto più i meccanismi oppressivi sono modernamente "moderati" e persino silenti, tanto più quella angosciosa normalità prende la via di derive incontrollabili.

Sono scenari che, quanto al processo, si profilano alquanto indipendenti rispetto alle forme delle tradizioni giuridiche e dei modelli. Non c'è molta differenza, al riguardo, fra sistemi accusatori e inquisitori. Sebbene, come la tortura, ogni altra aggressione dei diritti fondamentali della persona per opera di apparati dell'autorità sia metodologicamente da ascriversi all'arsenale dell'inquisizione e del segreto, la realtà si emancipa da queste categorie (13). Le procedure di prevenzione, le fasi preliminari o preparatorie di ogni procedimento, le loro regolazioni, ma soprattutto le loro prassi, assai spesso opache, sono, in ogni contesto sistematico, i luoghi in cui edificare l'argine delle garanzie primarie, il limite inviolabile e controllabile, mettendolo sotto la tutela di una Costituzione rigida (14).

La Costituzione italiana mutuò questo messaggio dalla cultura dei diritti dell'individuo che circolava per l'Europa libera (la posi-

---

(12) « *Elle* [*la torture*] *doit être rejetée car — tout comme le fait concentrationnaire ou l'extermination des malades mentaux — c'est une conduite primitive, une "conduite d'alienation" et, sociologiquement, une conduite totalitaire. L'accusé toutjours presumé innocent — même contre l'évidence le cas échéant — doit pouvoir affronter l'"appareil de justice" en plein possession de sa personnalité* » (GABEL 1952, p. 465).

(13) In contesto accusatorio, v., infatti, LUPARIA 2006, p. 72 e nota 35.

(14) L'importanza di questa tutela era già ben percepita da LUCCHINI 1921, p. 8, quando, riferendosi alle garanzie dello Statuto albertino, osservava: « Ma tali disposizioni statutarie si risolvono in una vana e astratta proclamazione di principi, laddove non trovino nelle statuizioni della legge processuale il loro giusto e adeguato svolgimento ». È proprio la possibilità che i principi, pur proclamati, non trovino poi adeguati svolgimenti nella legge processuale, a fare di quest'ultima, « l'indice più sicuro del grado di civiltà e di politica libertà di un popolo » (*ivi*), autorizzando la conclusione secondo cui « così la storia della legislazione penale processuale di un paese va di conserva e in armonia con la sua storia politica » (*ivi*).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

zione presa da *Esprit* non è che una delle molte testimonianze sparse di quella temperie). Ma nei primi anni Cinquanta i percorsi di consapevolezza al riguardo erano appena agli inizi. Il metodo tecnico-giuridico certo contribuiva a smorzare la carica valoriale che la nuova stagione dei diritti avrebbe dovuto sprigionare e decisamente troppo flebile e lontana — senza dubbio anche per difetto di memoria storica — risuonava l'eco delle voci degli esponenti del liberalismo penale classico del secondo Ottocento. La spiccata sensibilità di Giuliano Vassalli — manifestatasi abbondantemente fin da allora e in seguito sempre mantenuta — verso l' esigenza di conformare il processo penale a quella cultura è probabilmente il segno di una speciale capacità del maestro di sintonizzarsi tempestivamente sulla lunghezza d'onda di un sentire metanazionale destinato anch'esso, più avanti nel tempo, a diffondersi. L'approccio costituzionale al tema delle garanzie individuali del processo penale tenderà ad affermarsi, com'è noto, soltanto negli anni Sessanta, non prima che la Corte costituzionale abbia iniziato a fornire alcuni importanti contributi (emblematicamente, in tema di riduzione delle restrizioni al diritto di difesa nella fase istruttoria e preistruttoria). Allora si andrà pure — sul fronte del diritto di difesa — oltre l'idea classica delle garanzie individuali come "limite", come rispetto di libertà "negative", coniugandola con il diritto a godere di situazioni giuridiche attive che assicurino anche partecipazione e inclusione (15). È una direzione di sviluppo virtuosa. Il processo penale italiano ha grande bisogno di recuperare, a vantaggio dell'imputato, i valori della partecipazione e del dialogo, e il movimento della riforma non si appagherà, infine, della rimodulazione dello schema cognitivo misto. Ma c'è del vero anche in ciò che afferma Orlandi, e cioè che l'attenzione polarizzata sul diritto di difesa è come se

(15) Sarebbe fuori luogo non ricondurre al diritto di difesa la libertà "negativa" di non collaborazione, sintetizzata dal diritto al silenzio dell'imputato. Ma sarebbe altrettanto errato non riconoscere che il diritto di difesa racchiude anche tutta la costellazione delle posizioni giuridiche attive che servono a evitare l'emarginazione dell'imputato dalle dinamiche del processo. Del resto, secondo le più recenti tendenze, anche in vista di un'adeguata tutela della vittima del reato devono concorrere, da un lato, il rispetto dei diritti fondamentali (specialmente in caso di vittime particolarmente vulnerabili) e, dall'altro, il diritto a svolgere nel processo penale un ruolo effettivo e appropriato (v., ad es., la Decisione Quadro 2001/220 GAI dell'Unione europea).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

abbia fiaccato l'azione di una chiave interpretativa superiore, più direttamente collegata (sulla scorta del riconoscimento e della garanzia accordati dall'art. 2 Cost.) alla tutela dei diritti inviolabili nel loro insieme: sia a quelli che si rivolgono a ogni persona (libertà personale, libertà di domicilio, libertà e segretezza delle comunicazioni), sia a quello (la presunzione d'innocenza) che, per ciò che attiene alla condizione di imputato, li sintetizza tutti, con immediato rimando etico-politico al valore della persona. È in fondo questo l'approccio più idoneo per fronteggiare, in ogni occasione, le tentazioni del diritto emergenziale (16).

2. Ritorniamo al processo Egidi. Esso in primo grado si concluderà con l'assoluzione per insufficienza di prove. Tre anni dopo, nel 1955, il verdetto sarà ribaltato nel giudizio di appello, dove Egidi sarà riconosciuto colpevole e condannato a ventisei anni di reclusione. Nel 1957, tuttavia, la Corte di cassazione annullerà la sentenza di condanna pronunciata in appello, con una decisione che segnerà l'esito finale del processo (17).

Giova soffermarsi su questa sentenza dall'impronta garantistica. Vi risalta, in primo luogo, la critica alla valutazione riduttiva fatta in appello dei metodi arbitrari usati dagli inquirenti. La censura, netta, assume a tratti anche i toni di una pacata e amara ironia. « Invero », dice la Cassazione, « la sentenza impugnata, se rifiuta credito al conturbante quadro di efferate sevizie tracciato dall'imputato, non esclude che sia stata usata nei confronti dell'imputato stesso una "vis modica" ». Ma « è da aggiungere », si legge di seguito, « che se opportuni accertamenti medico-legali fossero stati tempestivamente compiuti e se, comunque, le risultanze della perizia del prof. Grasso Biondi fossero state esattamente valutate […], il giudice di appello con molta verosimiglianza avrebbe potuto anche tralasciare l'aggettivo qualificativo degli eccessi » (18).

---

(16) Cfr. Illuminati 1979, p. 3 ss.; Orlandi 2006, p. 295, 305 ss.

(17) Cass., sez. I, 14 dicembre 1957, con nota di Conso 1958, p. 565 ss. Il giudizio di rinvio si svolgerà davanti alla Corte di Assise di Appello di Firenze.

(18) La perizia disposta tardivamente, cioè solo il 6 luglio, aveva comunque riscontrato, come si ricorda nella sentenza, « la presenza di cicatrici alla regione zigomatica sinistra, alla gamba destra ed alla regione tarsica destra prodotte sicuramente da un'azione contundente che poteva risalire a due, tre o quattro mesi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

La critica si estende poi dal biasimo per i comprovati "eccessi" sulla persona fisica a quello per l'uso degli agenti provocatori (« espediente che non si sottrae a censura come quello che, mentre può compromettere l'indagine giudiziaria, abbrutisce l'inquisito, offende le leggi dell'umanità e della civiltà, scuotendo altresì il prestigio di cui debbono godere gli organi della polizia nell'assolvimento del loro difficile e gravoso compito »). Quegli eccessi e quell'espediente — tanto più che « non può escludersi che la confessione resa al Procuratore della Repubblica aggiunto, la notte dal 10 all'11 marzo, sia stata determinata dall'errore sulla reale qualità di magistrato dell'interrogante » — sono stati tali da incidere più di quanto i giudici di appello non abbiano creduto sulla libertà morale dell'inquisito.

Senonché la sentenza è anche figlia del suo tempo. La condanna dei metodi usati, per la loro contrarietà « alle leggi dell'umanità e della civiltà », non scalfisce la capacità del sistema di accogliere e assimilare come legittima la confessione conseguitane. Tutto si riduce a un monito ad accentuare ancor di più il rigore che già di regola deve caratterizzare la valutazione della confessione, « quando vi sono fondate ragioni per ritenere che la volontà del dichiarante sia viziata da errore, dolo o violenza morale ».

Questi vizi, nel caso in esame, ricorrevano tutti e tre ma nel sistema chiuso delle cause di invalidità degli atti a poco sarebbe valso invocarli come *species* di queste, idonee a porre nel nulla. Né ebbe successo invocare — come fece la difesa in sede di ricorso (peraltro piuttosto maldestramente sul piano tecnico) l'inesistenza dell'atto, dato che proprio vizi di tal fatta (cioè errore, dolo, violenza morale) non escludevano la "volontarietà" (*suitas*) e, quindi, non rientravano nell'area ristretta riservata a tale figura estrema (19). L'approccio tecnico-giuridico, la dogmatica dell'atto processuale e dei suoi vizi comprensibilmente non era in grado di partorire qualcosa che somigliasse — almeno negli esiti — a una regola di esclusione probatoria, si trattasse pure di salvaguardare, dentro il processo, il fondamentale diritto della persona all'autodeterminazione.

Colpisce che la forte critica, pur presente e decisa nella senten-

(19) Cfr., su questi profili, le lucidissime chiose di CONSO 1958.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

za, a metodi ritenuti lesivi, innanzitutto, della libertà di coscienza, si risolva in un semplice *caveat* al giudice della valutazione di merito, senza che alcun riferimento alla presunzione d'innocenza giovi quanto meno a mettere in dubbio la loro tollerabilità processuale. Eppure, già la nota polemica di *Esprit* — sede, ovviamente, di dibattito tutt'altro che tecnico-giuridico — aveva decisamente rinsaldato il discorso puramente assiologico sul rispetto incondizionato della personalità umana (anche) nel processo penale proprio attraverso esplicito richiamo alla presunzione d'innocenza e alla necessità della difesa tecnica come suo baluardo (20).

A quest'ultimo riguardo deve ricordarsi che nel 1957 la mancanza di difesa tecnica è dato codicistico insuperabile in ordine tanto all'interrogatorio davanti al magistrato, quanto a quello davanti alla polizia giudiziaria. Né resta ai margini del giudizio o conta meno l'interrogatorio davanti alla polizia: la Corte afferma, richiamando una massima pacifica, che la confessione anche se resa non davanti al magistrato (che se l'è vista semmai ritrattare) ma solamente dinanzi agli organi di polizia giudiziaria, rappresenta « un elemento di prova legalmente acquisito al processo sul quale il giudice, per la libertà di convincimento che il nostro ordinamento gli conferisce, può fondare il suo convincimento, ove ne ritenga la piena attendibilità, dopo averla esaminata in se stessa e in relazione a tutte le risultanze processuali ».

Emerge a più riprese dalla sentenza quella dilatazione della funzione fisiologica del libero convincimento e della discrezionalità giudiziale che è punto di coagulo di una cultura povera in tema di legalità probatoria. Dall'ampia libertà di assimilazione cognitiva che la Cassazione riconosce al giudice di merito discende anche la conferma del ruolo "verticistico" che la Suprema Corte attribuisce a se stessa. Un ruolo giocato in gran parte sul terreno di un sindacato sulla motivazione che proprio l'esigenza di tener testa all'ampia libertà acquisitiva e valutativa del giudice di merito configura come pervasivo e intriso di ingerenze nel merito. Sono assetti di potere e di valore che diversi anni dopo, negli anni Settanta, saranno conte-

(20) Cfr. GABEL 1952, p. 465 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

stualizzati e criticati specialmente nei contributi di Massimo Nobili (21) ed Ennio Amodio (22).

3. Ma ancora per tutti gli anni Cinquanta, come si sa, presso la dottrina e nel dibattito sulla riforma del processo penale nel nostro Paese prevalgono strutture di pensiero e indirizzi metodologici di stampo dogmatico e formale (23). E ciò anche là dove — come avvenne con la riforma del 1955 — le aperture alle garanzie e ai diritti della difesa innestate nel tronco autoritario del codice del 1930 furono tutt'altro che marginali. Dominante risultava ancora la concezione del processo penale come percorso meramente servente della funzione repressiva penale, alla cui stregua il disimpegno per l'analisi autonoma del fenomeno processuale era tutt'uno con il peso determinante che la situazione giuridica pubblica coinvolta nel penale (la "pretesa punitiva") finiva per esercitare sulla configurazione sistematica del processo.

A lungo nel paragone, per certi versi improprio, con i canoni dispositivi del processo civile, l'indisponibilità della pretesa punitiva, tradotta nell'indisponibilità dell'azione penale, con il corollario istruttorio della ricerca della "verità materiale", alimenteranno a torto il pregiudizio di una istituzionale refrattarietà del processo penale a costruirsi come processo di parti, non incentrato sull'attivismo istruttorio del giudice. La stessa distinzione, affacciatasi ad un certo punto nel processo civile, tra *Dispositionsmaxime (Principio dispositivo)* e *Verhandlungsmaxime (Principio della trattazione)*, che aveva il merito di sottolineare come le tecniche del processo possano rispondere a esigenze autonome rispetto alla disponibilità o indisponibilità della situazione giuridica soggettiva fatta valere nel processo stesso (24), non fu colta dai processualpenalisti, forse perché nel

(21) NOBILI 1974.

(22) AMODIO, 1977, p. 210 ss.

(23) È ampia anche quanto al processo l'influenza dell'indirizzo tecnico-giuridico, che pure, fin dal suo "manifesto programmatico" (la prolusione sassarese di Arturo Rocco del 15 gennaio 1910), si rivolgeva essenzialmente al diritto penale sostanziale, promuovendone l'affinamento dogmatico ma chiudendolo alla dimensione dei valori come a quella empirico-sociale. Al riguardo v. FORTI 2000, p. 35 ss.

(24) In Italia v. CARNACINI 1951, p. 693 ss.; (anche criticamente) CAPPELLETTI 1962, p. 303 ss., 518 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

campo civilistico il dibattito dottrinale si orientò presto soprattutto verso la critica del rigido principio dispositivo in materia probatoria (prospettandosi maggiori poteri d'iniziativa del giudice civile), mentre quanto al processo penale serviva, semmai, la critica opposta (25).

Eppure, tra la fine degli anni Cinquanta e la prima metà dei Sessanta, il quadro delle idee in campo andò evolvendosi proprio a partire dal riscoperta dell'autonomia del fenomeno processuale, che rese a poco a poco manifesti tutti i limiti di un'impostazione pigramente gregaria del diritto penale sostanziale. Una rinnovata propensione a guardare dentro il sistema, a studiarne gli assetti funzionali con occhio attento alla fisionomia dei ruoli e alla dislocazione di poteri e facoltà incoraggia ora le dissezioni analitiche più adatte per riportare alla luce la dimensione di esperienza conoscitiva e di pratica comunicativa propria del processo; e crea, nel contempo, le condizioni di per sé più idonee per il recupero di altrettanta libertà di elaborazione culturale nella critica degli assetti vigenti, se non già nella preconizzazione di nuovi equilibri.

Sono diversi i segni del diffondersi di questo approccio più moderno, autonomo e critico allo studio della procedura penale. Ampie testimonianze si ritrovano, in generale, proprio nel pensiero di Carnelutti (26), come in quello di Gaetano Foschini (27). Salutari "demistificazioni" vengono dalle analisi sui caratteri della cognizione penale e del giudizio: si pensi al contributo di Giuseppe De Luca sui limiti funzionali del giudicato penale (28), allo scandaglio della materia degli oneri e del tema di prova svolto da Delfino Siracusano (29) oppure alle serrate critiche rivolte al sillogismo — tanto giudiziario, quanto, soprattutto, probatorio — inteso ingenuamente

(25) V. Amodio 1973, p. 318 ss.

(26) Le coglie, ad es., Nobili 1976, p. 15 ss.

(27) Foschini 1956 e Id. 1961 (si veda, in particolare, la premessa a questo secondo volume, dove si legge, fra l'altro: « Orbene, il progresso consiste innanzitutto nel rifiuto di tre dogmi: quello dell'identificazione del diritto con la legge, quello del giudice mero "*servus legis*" e quello della natura strumentale del processo. Trattasi di tre dogmi di valore solo politico, che deformano la realtà e tendono, nella sostanza, a ridurre il giudice a un burocrate e la funzione giurisdizionale penale ad una funzione di polizia, con una discrezionalità meramente amministrativa ».

(28) De Luca 1963.

(29) Siracusano 1959.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

come canone esplicativo autosufficiente dell'epistemologia del processo (30). Non si tratta certo di indagini propriamente aperte alla dimensione empirica, alla quale i giuristi italiani non sono avvezzi; ma certamente emerge, come in altri settori (31), un'esigenza di rielaborazione secondo chiavi interpretative più dinamiche di quelle di una stanca consuetudine (32).

In questa prospettiva, un formidabile fattore di accelerazione fu costituito naturalmente dalla bozza Carnelutti del 1962. Ispirata da un'analisi dei mali del processo penale che puntava il dito contro la fase istruttoria, essa catapultò spregiudicatamente sulla scena il primo embrionale disegno di un processo di tipo accusatorio. Non è questa la sede per ritornare su quello schema e sulle sue matrici (33) (la bozza prevedeva, come tutti sanno, un'inchiesta preliminare finalizzata all'elaborazione dell'accusa e nettamente separata dalla fase di cognizione di merito). Basta qui ricordare che accusa come atto di parte, parità delle parti, contraddittorio nella formazione della prova, ruolo essenzialmente "arbitrale" e di garanzia del giudice, ridisegnavano radicalmente la fisionomia delle funzioni e della comunicazione processuali. Era una proposta che, sebbene priva di dichiarata ispirazione costituzionale (34), si presentava densa

---

(30) In quest'ottica v. MASSA 1964.

(31) Si pensi, per far capo a una testimonianza alta, ai veri e propri "disvelamenti" della realtà del processo e dei suoi "interessi", caratteristici delle posizioni antidogmatiche di Satta, di cui in quest'ottica v., ad es., SATTA 1994, p. 81 ss. (il volume prende il nome dal primo, notissimo saggio dell'illustre Autore, compreso nella selezione).

(32) Del resto, al fondo dell'intuizione, ancora carneluttiana, del processo come pena (per recenti richiami v. MAZZA 2010, p. 159 ss.), vi è, per quanto sotto tutt'altri paradigmi, l'embrione dell'idea che il processo penale debba essere anche studiato, con grande profitto anche per il giurista, nella sua dimensione di strumento di controllo sociale ben distinto rispetto alla minaccia (e poi alla comminatoria e all'esecuzione) della pena, e anzi caratterizzato dalla costante tendenza a rendersene, patologicamente, persino autonomo (v. NOBILI 1976, p. 39 ss.), soprattutto in contesti "emergenziali", con evidente crisi di efficienza del sistema repressivo penale e pregiudizio per la presunzione di innocenza (ILLUMINATI 1979, p. 3 ss.; FORTI 2000, p. 171; ORLANDI 2006, p. 295, 307 ss.).

(33) In tema v. diffusamente MAZZA 2010, p. 153 ss.

(34) Secondo NOBILI 1998, p. 70, il progetto appare concepito « più come frutto di una elaborazione sistematica assai personale e di derivazione civilistica, che per riallacciarsi a matrici angloamericane, o a un pur illustre precedente dell'Europa continentale (1789-1791) ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di prospettive garantistiche, che Cordero esalterà sul piano etico-politico (35), ma di cui lo stesso Carnelutti era tutt'altro che inconsapevole (36). L'organizzazione del processo secondo l'alternativa schiettamente accusatoria della bozza Carnelutti diventerà, da lì in poi, sebbene mai direttamente trasposta in iniziativa legislativa, punto di riferimento e di raffronto costante negli alterni percorsi legislativi della riforma. Ma anche per la dottrina, specialmente attraverso il dibattito del 1964 al IV Convegno del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (tenutosi a Lecce e Bellagio) (37), la bozza segnerà un passaggio essenziale. Quello schema, infatti, sembra appena una traccia, per molti aspetti lacunosa, ma alcune o forse tutte le idee-base che lo sorreggono entreranno senz'altro nel laboratorio della riflessione successiva.

Quando, dalla seconda metà degli anni Sessanta, in una con un più deciso dinamismo della società nel suo complesso, la cultura della Costituzione (per quanto ancora trascurata nella manualistica corrente e negli approcci meno impegnati (38)), e via via anche quella delle Carte internazionali sui diritti umani, diventeranno lievito di una nuova stagione di studi scientifici, il metodo critico, più aperto ora anche alla dimensione comparatistica, e le infinite sfumature valoriali di garanzia dell'individuo proprie dell'ideologia accusatoria, si proietteranno già sulle strutture del processo misto (39),

---

(35) CORDERO 1965, p. 61 ss. Del resto, da lì a poco, lo stesso Autore darà alle stampe la prima edizione di CORDERO 1966, un manuale la cui influenza sarà decisiva per lo studio critico e storicamente consapevole dei valori in gioco nel processo penale.

(36) Sulla scia di CARNELUTTI 1960, già orientato in prospettiva di riforma, chiarissimi, stretti nessi fra limiti all'attivismo del giudice nella ricerca delle prove e contraddittorio nella formazione della prova dichiarativa, da un lato, e garanzia dell'imparzialità del giudice, dall'altro, si ritrovano, ad es., in CARNELUTTI 1962, p. 1 ss., dove si legge alle p. 7 e 8: « Più il giudice si impegna nella ricerca delle prove, più rischia di scadere dalla posizione di giudice alla posizione di parte »; « Il costrutto del ragionamento è che *la garanzia effettiva e indeclinabile dell'imparzialità del giudice è il contraddittorio delle parti* »; « *Quello che occorre per l'imparzialità del giudice è che il difensore non tanto assista quanto partecipi all'interrogatorio dell'imputato e all'esame dei testimoni* » (corsivi nel testo).

(37) Gli atti sono raccolti in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale* 1965.

(38) Cfr. NOBILI 1976, p. 51 ss.

(39) L'elaborazione del diritto alla prova da parte di Giuliano Vassalli (VASSALLI 1968, p. 3 ss.), è un esempio classico della possibilità di leggere già il processo misto

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

diventando essi stessi canoni di lettura delle norme costituzionali e motivi di domanda sulla loro più attendibile latitudine precettiva. Una latitudine che si presenterà controversa, come si sa, soprattutto davanti al banco di prova del nuovo codice accusatorio. Occorrerà la riforma dell'art. 111 Cost. per fissare alcuni punti fermi.

Riferimenti bibliografici

AMODIO E. (1973), *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 310-339.
AMODIO E. (1977), *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano: Giuffrè, p. 181-257.
CAPPELLETTI P. (1962), *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano: Giuffrè.
CARNACINI T. (1951), *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano: Giuffrè, p. 693-772.
CARNELUTTI F. (1947), *Lezioni sul processo penale*, II, Roma: edizioni dell'Ateneo.
CARNELUTTI F. (1952), *A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, I, p. 234-239.
CARNELUTTI F. (1960), *Principi del processo penale*, Napoli: Morano.
CARNELUTTI F. (1962), *La malattia del processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, p. 1-8.
CONSO G. (1958), *Considerazioni sul processo Egidi dopo l'intervento della Corte Suprema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 565-569.
CORDERO F. (1965), *Linee di un processo accusatorio*, in C*riteri direttivi per una riforma del processo penale* (1965), p. 61-81.
Criteri direttivi per una riforma del processo penale (1965), Atti del Convegno di studio Enrico De Nicola, Lecce, 1964, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano: Giuffrè.
DE LUCA G. (1963), *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano: Giuffrè.
FORTI G. (2000), *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano: Cortina.

---

attraverso le lenti di un'esegesi capiente ed evolutiva dell'art. 24 comma 2 Cost., suggerita sì dalle Carte internazionali sui diritti umani ma, nello stesso tempo, anche frutto della sensibilità verso principi — la parità delle armi, il limite alla discrezionalità giudiziale, la distinzione dei ruoli, ed altri ancora — che sono tipici dell'etica accusatoria. Simili principi svolgono spesso un ruolo importante quali moderni fattori di riduzione dei profili di per sé "autoritaristici" di sistemi processuali penali (come ad es. quelli francese, tedesco, olandese) sicuramente aperti alla tutela dei diritti fondamentali ma tuttora basati, secondo assetti continentali, sul ruolo attivo e dominante del giudice.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

FOSCHINI G. (1956), *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano: Giuffrè.
FOSCHINI G. (1961), *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano: Giuffrè.
GABEL J. (1952), *La Torture modérée*, in *Esprit*, p. 464-466.
ILLUMINATI G. (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli.
LUCCHINI L. (1920)[4], *Elementi di Procedura penale*, Firenze: G. Barbera.
LUPARIA L. (2006), *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano: Giuffrè.
MASSA M. (1964), *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano: Giuffrè.
MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana* (2010), a cura di L. Garlati, Milano: Giuffrè, p. 153-166.
NOBILI M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè.
NOBILI M. (1976), *La disciplina costituzionale del processo: appunti di procedura penale dal corso del prof. Massimo Nobili*, Bologna: Lorenzini.
NOBILI M. (1998), *Time Danaos: risalenti profezie*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova: Cedam.
ORLANDI R. (2006), *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, p. 293-309.
REALE G.-ANTISERI D. (2008), *Storia della filosofia dalle origini a oggi*, X, *Fenomenologia, esistenzialismo, filosofia analitica e nuove teologie*, Milano: Bompiani.
SATTA S. (1994), *Il formalismo nel processo*, in *Il mistero del processo*, Milano: Adelphi, p. 81-110.
SIRACUSANO D. (1959), *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano: Giuffrè.
VASSALLI G. (1968), *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 3-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ANDREA SCELLA

CONTESTAZIONI AL TESTIMONE E RIFORMA DEL PROCESSO PENALE: BREVI OSSERVAZIONI SU UN RICORRENTE EQUIVOCO

1. Nella bella relazione introduttiva al seminario, Renzo Orlandi esordisce sottolineando come si sia ormai concluso il tempo in cui gli studiosi del processo penale reputavano opportuno che le loro monografie si aprissero con una ricostruzione storica degli istituti di volta in volta trattati. E subito dopo aggiunge che in fondo non si tratterebbe di un gran male, « considerato il carattere manierato, meramente compilativo e spesso superficiale di molte fra le ricostruzioni fornite dagli autori dei decenni passati » e tenuto altresì conto del fatto che « non ci si può improvvisare storici », mentre, « quasi sempre, il giurista positivo che si esercita nella comparazione diacronica lo fa da dilettante ».

Certo, sarebbe non solo ingeneroso ma addirittura paradossale supporre che Orlandi abbia così voluto anche solo mettere in dubbio l'utilità della storia per lo studio della procedura penale: a smentire l'ipotesi malevola basta la semplice lettura delle preziose pagine scritte al fine di tracciare le coordinate del nostro dibattito. Per la lucidità dell'analisi e anche per la passione sottesa al lavorìo ricostruttivo, quel contributo rende infatti superflua ogni ulteriore dimostrazione del potenziale pregio delle riflessioni storiche compiute dai processualpenalisti.

Dunque, si può ragionevolmente ritenere che nessuno considera una perdita di tempo affrontare le questioni giuridiche in chiave retrospettiva, quasi che la storia rappresentasse « *l'honte de l'humanité* » (1), e che nessuno auspica una rigorosa *actio finium regundorum*

(1) MERCIER 1786, p. 84. Si veda pure MERCIER 1773, p. 47, ove si afferma che la storia è « l'égout des forfaits du genre humain [la cloaca dei misfatti dell'umanità], elle exhale une odeur cadavéreuse ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tra le diverse discipline. Ma forse non è neppure azzardato affermare che esistono taluni temi d'indagine che richiedono proprio la sensibilità del giurista di diritto positivo: a disagio con i grandi problemi d'inquadramento della giustizia penale, lo studioso avvezzo a confrontarsi con il diritto vigente talvolta dimostra di meglio percepire la rilevanza di avvenimenti del passato rispetto alle odierne questioni interpretative.

Naturalmente, l'ideale sarebbe riuscire a possedere tanto le doti dello storico quanto la capacità di districarsi tra le mille pieghe del dibattito contemporaneo; a fronte del pericolo che le ricerche storiche restino così affidate in esclusiva a una figura di studioso paragonabile a « quel giudice sapiente, incorrotto e incorruttibile che Anatole France diceva di aver conosciuto, ma solo dipinto » (2), sembra tuttavia preferibile che questo prezioso ambito d'indagine sia sempre più aperto al contributo di cultori di differenti discipline, senza arroccamenti su posizioni precostituite.

Tra l'altro, inserire riferimenti storici negli scritti di diritto processuale penale significa anche strappare, al tempo e all'oblio, il ricordo di eventi che altrimenti rischierebbero di andare perduti. Specie chi si accosta allo studio del processo penale rischia non solo di sottovalutare l'importanza dell'approccio storico per un'adeguata concettualizzazione dell'esperienza giuridica (3), ma ancor più radicalmente di vivere e operare in uno stato di 'beata ignoranza', restando all'oscuro di snodi fondamentali dell'evoluzione normativa di un dato istituto. A questo fine, nulla esclude che una buona sintesi delle antiche vicende del processo penale compiuta da chi, per formazione, non possiede lo strumentario concettuale dello storico di professione possa rivelarsi addirittura più utile di una minuziosa ricerca condotta su fonti di prima mano.

In definitiva, sembra preferibile riservare un'accoglienza favorevole a qualsiasi serio tentativo di analisi retrospettiva delle vicende della procedura penale. Potrà accadere che taluni contributi evidenzino qualche ingenuità metodologica di troppo, ma sarebbe un errore se l'inconveniente fosse sopravvalutato: contro ogni rischio di

(2) SATTA 1994, p. 30.
(3) ORESTANO 1959, p. 785 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

asfissia, è necessario che il processualpenalista si abitui a respirare un'aria diversa da quella che gli è consueta.

2. Al di là di questi rilievi, resta la sensazione che vi sia ancora molta strada da percorrere prima di riuscire a rendere il passato del processo penale fruttuoso per il nostro presente.

Per comprendere il punto, può essere opportuno esaminare una piccola vicenda che riguarda un tema di assoluta importanza per gli assetti complessivi del processo penale. Come si sa, il rapporto tra fase preliminare e dibattimento costituisce da più di due secoli « il centro di ogni discorso sui nostri modelli processuali » (4), dato che gli schemi attraverso i quali è stato portato a soluzione questo problema caratterizzano in maniera quanto mai saliente i diversi tipi di processo via via affermatisi dopo la rivoluzione francese. Nell'ambito della questione dei limiti di utilizzabilità degli atti d'indagine, un ruolo di primo piano è poi giocato dalla disciplina delle c.d. contestazioni nell'esame testimoniale, le quali rappresentano il miglior banco di prova per verificare l'effettivo rispetto del principio di oralità del giudizio e della separazione tra le fasi del procedimento.

Non sorprende, quindi, che su quest'ultimo profilo, solo apparentemente di dettaglio, si sia a diverse riprese sviluppato un notevole dibattito. Forse di maggior interesse, e senza dubbio più curioso, è osservare come tale discussione abbia ben presto finito con l'avvitarsi su se stessa, segnalandosi in particolare per la spendita di un'argomentazione che non avrebbe avuto motivo di essere riproposta in quanto precedentemente confutata. Anche qui nulla di singolare, si potrebbe dire; nella Storia non abbondano certo gli esempi di dispute politico-legislative rimaste confinate sul terreno meramente razionale.

Volendo chiarire la natura di quell'equivoco capace di riaffiorare dopo un considerevole periodo di latenza, si può cominciare col mettere in luce che la questione ruota attorno al valore da riconoscere alle precedenti dichiarazioni del testimone che in dibattimento fornisca una versione dei fatti difforme da quella resa durante le indagini preliminari.

---

(4) NOBILI 1989, c. 276.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

La fedele applicazione del paradigma del processo accusatorio porta a ritenere che tali dichiarazioni siano suscettibili di essere adoperate in chiave meramente critica, e cioè che possano essere oggetto di lettura-contestazione al solo scopo di vagliare l'attendibilità del dichiarante, sollecitandolo così a spiegare le ragioni del proprio mutamento di versione. Bisogna escludere in radice, pertanto, che le dichiarazioni usate a fini contestativi si prestino a un uso probatorio pieno, come avverrebbe se ne fosse consentito il recupero ai fini della prova di quanto in esse affermato.

Detto questo, merita altresì di essere ricordato che la tendenziale irrilevanza probatoria delle dichiarazioni rese nel corso della fase investigativa è stata spesso avversata paventando il pericolo di un'inaccettabile perdita di materiale conoscitivo e della conseguente inaffidabilità dell'accertamento giurisdizionale.

È su questo sfondo che si collocano le resistenze ad accogliere il principio che impedisce di considerare prove le dichiarazioni raccolte in maniera unilaterale nella fase preliminare del procedimento.

Due sono le tappe del lungo itinerario di riforma del processo penale che vale la pena mettere a confronto. Da un lato, il celebre convegno svoltosi a Lecce e a Bellagio nel 1964; dall'altro, il dibattito dottrinale sviluppatosi negli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale del 'giusto processo', quando ci si interrogava sul *come* il principio del contraddittorio per la prova dovesse trovar attuazione a livello di legge ordinaria.

Scendendo maggiormente nei dettagli, è bene muovere dall'obiezione che Gaetano Foschini ritenne di dover avanzare nei confronti della proposta di Cordero volta a tracciare rigorosamente le linee di un processo accusatorio. Dopo aver affermato di condividere « il principio dell'inefficacia probatoria degli atti istruttori nel dibattimento », Foschini esattamente individuava il problema più difficile da risolvere nell'« ipotesi in cui il testimone deponga in dibattimento in modo difforme da quello nel quale ha deposto avanti al p.m. in sede istruttoria » (5). Ma a questo riguardo sosteneva che ben si sarebbe potuto autorizzare il giudice a considerare

(5) FOSCHINI 1965, p. 375.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

prove le dichiarazioni adoperate per le contestazioni (6), dal momento che in casi del genere la « fonte di prova non [sarebbe] costituita dal verbale istruttorio, ma dalla escussione nella sua interezza, quale al dibattimento si verifica » (7).

In altre parole, si sarebbe trattato di riconoscere la natura tutta dibattimentale della vicenda, caratterizzata dal contrasto « tra ciò che enuncia il p.m. nella sua interrogazione e la risposta del testimone, non tra questa e il verbale istruttorio » (8).

E poiché « se si crede al dibattimento, bisogna crederci completamente » (9), nulla avrebbe vietato di attribuire al giudice del dibattimento la funzione di scegliere quale tra le due versioni dei fatti rese dal testimone dovesse essere considerata attendibile: d'altronde, nella visione di Foschini, lo stabilire quanto meritino fede le dichiarazioni raccolte unilateralmente nella fase investigativa « è una questione di specie intrinseca e non estrinseca al libero convincimento del giudice » (10). Per dimostrare che il *clou* del problema starebbe nel « credere a ciò che il testimone dice, in stretta connessione con ciò che gli viene richiesto », Foschini proponeva, infine, un'esemplificazione che vale la pena di riportare per esteso: « [Il teste] risponde secondo le domande. Fra le domande c'è anche questa: "ma tu hai dichiarato rosso, come mai ora dici nero?" E c'è

---

(6) Nel corso del medesimo convegno, una proposta analoga era stata dubitativamente avanzata da Giacomo Delitala: « […] le soluzioni potrebbero essere due. Si potrebbe cioè sostenere — è il pensiero di Cordero — che il giudice non può in nessun caso fondare il proprio convincimento su quanto fosse stato detto alla polizia o al p.m.; oppure si può sostenere che sulla base del principio del libero convincimento il giudice può anche considerare veritiero il racconto reso alla polizia, e motivare su questa base la sua sentenza. Abbiamo in questo caso, nei confronti del sistema in vigore, notevoli vantaggi: nell'interrogatorio del teste il giudice non sarà vincolato dal precedente verbale, non conoscerà la precedente deposizione, il libero convincimento si formerà così in una atmosfera di imparzialità che viene ovviamente pregiudicata dalla precostituzione di una prova, ad opera della polizia o del p.m. » (Delitala 1965, p. 298). Valutarono positivamente questa seconda ipotesi tanto Conso 1965, pp. 319 (ad avviso del quale si sarebbe trattato di un'« attenuazione degna della massima attenzione, perché offre una valida piattaforma d'incontro »), 333 e 393, quanto Leone 1965, p. 301.

(7) Foschini 1965, p. 378.

(8) Foschini 1965, p. 376.

(9) Foschini 1965, p. 375.

(10) Foschini 1965, p. 376.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

la risposta, alla quale si può credere o non credere, traendo la verità da quello che è stato enunciato nella domanda » (11).

Come si può vedere, il tentativo è quello di risolvere la questione del valore delle dichiarazioni raccolte fuori dal contraddittorio dilatando la nozione di prova escussa in dibattimento sino a ricomprendervi anche atti che, sebbene evocati durante l'esame testimoniale, restano pur sempre atti unilateralmente compiuti nel segreto della fase preliminare del processo.

Superfluo aggiungere che il richiamo al libero convincimento del giudice appare anch'esso funzionale al medesimo risultato: per sbarazzarsi del nodo cruciale, ossia per eludere il problema del mancato rispetto del contraddittorio, si vorrebbe sostenere che nel caso esaminato al giudice non è richiesto di scegliere tra la dichiarazione precedentemente resa e la deposizione dibattimentale, ma soltanto di vagliare la credibilità del testimone: ancora una volta, una teorizzazione del libero convincimento diretta a estendere, anziché a circoscrivere, i confini entro i quali il giudice può decidere in forza delle risultanze di attività svolte al di fuori del dibattimento (12).

La risposta di Cordero fu tale da non ammettere repliche. Per confutare l'argomentazione secondo la quale ammettere il recupero a fini probatori delle dichiarazioni usate in sede contestativa non equivarrebbe a oltrepassare i limiti dell'apprezzamento di una testimonianza orale, Cordero anzitutto mise in luce come quest'ultima tesi presupponga che « quando un testimone rievoca la precedente dichiarazione, affrettandosi a smentirla con una di contenuto opposto o comunque diverso », al giudice sia consentito « di estrarre la dichiarazione rievocata (per usarla come premessa del decidere), ignorando quella che la rievoca e la smentisce (o meglio ignorandola in quanto smentita perché, in quanto strumento di rievocazione, è considerata una prova attendibile » (13).

Un simile postulato — proseguiva Cordero — a sua volta

---

(11) FOSCHINI 1965, p. 378.

(12) È questa una teorizzazione molto distante dal celebre insegnamento di CHIOVENDA 1924, p. 32, in forza del quale la libertà del convincimento « vuole l'aria e la luce dell'udienza », finendo col soffocare « nei labirinti del processo scritto ». In argomento v. NOBILI 1974, p. 409.

(13) CORDERO 1966, p. 213.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

sottende una visione pericolosamente irrazionale del principio del libero convincimento del giudice, finendo con l'accreditare l'idea di essere al cospetto di una sorta di « vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo » (14).

Sgombrato il campo dalle suggestioni connesse al mito del libero convincimento, si riesce, invero, a portare il caso a soluzione senza eccessive difficoltà. Basta assumere a stella polare l'esigenza del contraddittorio nella formazione della prova e subito si comprende come il nucleo essenziale della testimonianza vada individuato nella « dichiarazione che il *loquens* afferma veridica, impegnando in tale affermazione la propria responsabilità ». Di qui un primo corollario: la testimonianza dibattimentale consiste precisamente nella dichiarazione « con cui il testimonio afferma d'aver detto una cosa inesatta quando diceva *nero*, in quanto la verità, che egli ora dice d'enunciare, è *bianco* ». È appunto questa la prova assunta in contraddittorio che il giudice è chiamato a valutare secondo il proprio libero convincimento: poiché l'ammissione del testimone d'aver rilasciato la precedente dichiarazione poi smentita esula dal novero delle dichiarazioni rese a « titolo di verità », il giudice può « credere al testimonio o non credergli ma in nessun caso (in mancanza di altre prove) assumere a fondamento della sentenza quella prima dichiarazione che il testimonio ammette d'aver formulato e che afferma falsa » (15). D'altronde, a venire in gioco non è una questione di dettaglio, ma la tenuta complessiva di un sistema ideato al fine di garantire il contraddittorio per la prova: di qui l'inaccettabilità di ogni deviazione dal principio, se non si vuole, sotto le parvenze del rito accusatorio, allestire un processo nel quale informazioni ottenute unilateralmente e in segreto si trasformano in prova, non diversamente da quanto accadeva nel regime dell'istruzione sommaria (16).

---

(14) CORDERO 1966, p. 213.

(15) CORDERO 1966, p. 214.

(16) Cfr. ancora CORDERO 1966, p. 211: « si credeva d'amputare un'appendice di nessun conto e si è soppresso il nucleo vitale di quel tipo di processo. Tolto quel limite, è il caso di chiedersi perché insistere nella rivoluzione dei nomi e invece non dire schiettamente che si vuole l'istruzione sommaria. Infatti, un procedimento preliminare i

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

3. Più di 35 anni dopo, la questione del valore da riconoscere alle dichiarazioni usate per le contestazioni testimoniali si sarebbe riproposta secondo schemi argomentativi largamente sovrapponibili a quelli appena descritti.

Durante il dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge di attuazione della riforma costituzionale del 'giusto processo', è stata infatti ampiamente rappresentata la posizione di quanti avrebbero ritenuto più opportuno riconoscere efficacia probatoria alle dichiarazioni contestate al testimone (17). In particolare, si è sostenuto che l'art. 111 comma 4 Cost. non sarebbe di ostacolo a una disciplina orientata in tal senso, posto che la dichiarazione raccolta nelle indagini preliminari, una volta contestata al teste, verrebbe in rilievo soltanto quale elemento costitutivo di un'unica "prova complessa", formata in contraddittorio e — in quanto tale — legittimamente valutabile dal giudice del dibattimento ai fini della decisione sul merito.

Più specificamente, l'assunto in forza del quale la Costituzione non imporrebbe l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini è stato argomentato a partire dal rilievo che, quando si procede alla contestazione, « la prova valida ai fini della decisione dibattimentale si forma in un modo complesso, nel quale viene rispettata comunque la dialettica tra accusa e difesa ». Detto altrimenti, il contraddittorio per la prova potrebbe dirsi rispettato in considerazione del fatto che « al testimone può essere chiesto conto della difformità tra le dichiarazioni rese attualmente e quelle precedenti », dovendo egli, « sotto l'obbligo di verità » spiegare le ragioni del mutamento di versione (18). Il dichiarante non si sottrae al vaglio dell'esame, le parti possono contribuire a mettere in luce la discrepanza rispetto a quanto precedentemente affermato: questo basterebbe a far sì che non urtasse contro il dettato costituzionale una disciplina ordinaria che autorizzasse il giudice del dibattimento a

---

cui verbali, formati dal pubblico ministero, possano essere usati nel dibattimento come fonti di prova, è l'istruzione sommaria e cioè una delle più stravaganti creazioni a cui si sia spinto il gusto dell'ibrido ».

(17) Si vedano, seppur con differenti sfumature, CONTI 2001, p. 637 ss.; GREVI 2001, p. 89 ss.; SIRACUSANO 2000, p. 1425 ss.; TONINI 2001, p. 38 ss.

(18) TONINI 2001, p. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

valutare congiuntamente le dichiarazioni usate per le contestazioni e quelle rese in giudizio.

Com'è facile notare, la teoria della "prova complessa" si lascia agevolmente sovrapporre alla tesi patrocinata da Foschini in occasione del convegno di Lecce-Bellagio. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, l'argomentazione è rivolta a equiparare le dichiarazioni raccolte unilateralmente da una parte alle prove effettivamente assunte in contraddittorio. Ma non è comune soltanto l'obiettivo di eclissare il divario che separa le dichiarazioni contestate al teste dalla prova elaborata in presenza del giudice: tra lo slabbrare il concetto di escussione dibattimentale e l'introdurre la nozione di "prova complessa" non si colgono particolari differenze, al di là del diverso registro stilistico.

Non sorprende, allora, che pure la confutazione di queste tesi sia passata per sentieri in parte già battuti. Così, si è posto l'accento sul significato della contestazione e si è ribadito che le precedenti dichiarazioni sono « un mezzo che *serve* al contraddittorio », ma non sono formate « in contraddittorio » (19). Lette al fine di sollecitare l'esaminato a render conto delle ragioni che spiegano la nuova versione dei fatti, restano pur sempre informazioni ricevute da una parte, che « nessun virtuosismo verbale, nessuna acrobazia logica riuscirà mai ad accreditare come 'prova formata in contraddittorio' », dal momento che la contestazione non può sortire « il prodigioso effetto di mutare la natura di quel che si contesta, come pretende la teoria della 'prova complessa' » (20).

D'altronde, nella dinamica dell'esame testimoniale la dichiarazione usata in chiave contestativa assolve il ruolo di domanda, ossia è rievocata allo scopo di ottenere una risposta. Ma alla luce di questa premessa non dovrebbe essere difficile riconoscere che la domanda si colloca comunque su un piano distinto dalla risposta, e cioè dalla dichiarazione dibattimentale resa in seguito alla contestazione. Se è ragionevole scorgere nella domanda un valido ausilio nella corretta

(19) FERRUA 2007, pp. 104-105.

(20) FERRUA 2007, p. 105, nonché p. 119 (« Discorso insostenibile. L'art. 111 Cost. esige il contraddittorio nella formazione della prova; e non basta il vaglio delle contestazioni a convertire un colloquio con gli organi inquirenti in prova formata nel contraddittorio »).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

interpretazione della risposta, bisogna invero escludere che essa possa mai « divenire una proposizione probatoria, né autonoma né congiunta all'unica ammissibile che è rappresentata da ciò che il testimone afferma nel dibattimento » (21).

4. Resta da aggiungere che la teoria della "prova complessa", oltre a non aver trovato seguito nella legge di attuazione della riforma del 'giusto processo', è stata respinta dalla Corte costituzionale. Subito chiamati a pronunciarsi sulla ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore ordinario, i giudici di palazzo della Consulta hanno in primo luogo rammentato « come l'art. 111 della Costituzione abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti », per poi mettere in luce che « appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento — nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio — da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari » Ad assumere rilievo determinante, quindi, è « l'esigenza di impedire che l'istituto delle contestazioni […] si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato » di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio. Ed è appunto funzionale a questa esigenza la disciplina forgiata dall'art. 500 c.p.p., che si caratterizza per la previsione non solo di « un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni », ma pure di « ipotesi di eccezionale utilizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dall'esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi di cui si è detto ». In questo quadro, è fuori luogo sospettare una lesione di parametri costituzionali, dovendosi, anzi, ritenere che « il censurato regime di esclusione probatoria » sia « frutto di una precisa scelta che il legislatore ha compiuto in attuazione dei principi sanciti dall'art. 111 della Costituzione » (22).

---

(21) FERRUA 2007, p. 106.

(22) Corte cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Dati gli esiti del giudizio di legittimità costituzionale, si potrebbe supporre che il contraddittorio nella formazione della prova sia destinato a vivere un lungo periodo di tranquillità, essendo ormai superato il pericolo di letture restrittive del principio. Ma una simile conclusione sarebbe affrettata, posto che negli ultimi anni si è assistito a nuovi tentativi volti a contestare l'opportunità di una disciplina imperniata sulla tendenziale irrilevanza delle dichiarazioni ricevute nelle indagini preliminari.

Trascurando di considerare che il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni unilateralmente raccolte rappresenta l'essenziale corollario dell'art. 111 comma 4 Cost. (23), si è infatti sostenuto che l'adeguamento ai parametri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo imporrà « un cambio di prospettive al nostro sistema », che — imperniandosi sulla separazione delle fasi e assolutizzando il valore conoscitivo del contraddittorio — « rischia di lasciare l'Italia isolata dal contesto europeo e dall'azione unificatrice della Corte di Strasburgo » (24).

Ora, è senz'altro vero che la Corte europea dei diritti dell'uomo è incline ad ammettere l'eventuale utilizzazione in chiave probatoria di dichiarazioni rese nella fase anteriore al dibattimento, « purché venga accordata all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al

---

(23) Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 32, § 6. Si veda anche Corte cost., ord. 26 giugno 2002, n. 293: « la prima parte del quarto comma dell'articolo 111 Cost., "con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio" (sentenza n. 32 del 2002), esprime *una generale regola di esclusione probatoria* (ordinanza n. 36 del 2002), *in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato*, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita » (corsivo aggiunto).

(24) Kostoris 2008, p. 9. Sul punto cfr. pure, da ultimo, Balsamo-Recchione 2010, p. 3638-3639, ad avviso dei quali occorrerebbe chiedersi se « l'abbattimento del valore probatorio delle dichiarazioni predibattimentali […] sia o meno ascrivibile ad una scelta legislativa » dissonante rispetto a quelle compiute in altri Paesi, posto che, alla luce degli insegnamenti della Corte europea « salvaguardare il principio del contraddittorio […] significa essenzialmente consegnare all'accusato la possibilità di interloquire con il dichiarante su ogni elemento di accusa, indipendentemente dal momento in cui tale elemento è entrato nel processo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

momento della deposizione o più tardi » (25). Ma dal fatto che la Corte di Strasburgo escluda la violazione di norme convenzionali sarebbe arbitrario desumere la conseguenza che contrasti con gli insegnamenti della giurisprudenza europea una disciplina interna che neghi valore di prova alle dichiarazioni usate per le contestazioni. Pur avendo giudicato compatibile con l'art. 6 § 3 lett. *d* della Convenzione una forma di contraddittorio differito sulla prova, la Corte ritiene invero auspicabile che le dichiarazioni suscettibili di un impiego determinante ai fini decisori vengano rese in contraddittorio, e di sicuro non ha mai affermato che « uno Stato-parte, il quale disciplini più rigorosamente il contraddittorio, debba, per così dire, "abbassare la guardia" per restare "in linea" con [i suoi] insegnamenti » (26). D'altronde, già a un livello più generale, sarebbe quanto meno discutibile esigere che i singoli Stati membri deprimessero gli *standards* di attuazione del giusto processo sino al livello minimo compatibile con la normativa convenzionale (27). Piuttosto, vi è da augurarsi che il percorso di armonizzazione dei diversi sistemi processuali segua la direzione opposta, puntando a un innalzamento, e non alla diminuzione, delle garanzie sino a oggi riconosciute.

Riferimenti bibliografici

Balsamo A.-Recchione S. (2010), *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, p. 3620-3639.

Chiovenda G. (1924), *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, p. 5-32.

Conso G. (1965), *Relazione di sintesi del dibattito congressuale*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale,* Atti del Convegno di studio Enrico De Nicola, Lecce, 1964, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano: Giuffrè, p. 311-334.

Conti C. (2001), *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Agg.* V, Milano: Giuffrè, p. 627-648.

(25) Per la prima enunciazione espressa di questo criterio, si veda C. eur. dir. uomo, sent., 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41. Sul punto, cfr. Ubertis 2009, p. 77.

(26) Ubertis 2010, p. 374.

(27) Ferrua 2010, p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CORDERO F. (1997), *Diatribe sul processo accusatorio* (1966), Roma: Università degli Studi di Roma "La Sapienza", p. 201-229.
DELITALA G. (1965), *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale,* cit., p. 296-302.
FERRUA P. (2007)², *Il 'giusto processo'*, Bologna: Zanichelli.
FERRUA P. (2010), *La dialettica regole-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo* (2010), a cura di G. Di Chiara, Torino: Giappichelli, p. 3-40.
FOSCHINI G. (1965), *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale,* cit., p. 370-376, 377-379.
GREVI V. (2001), *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio per la prova e limiti del diritto al silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, p. 89-103.
KOSTORIS R.E. (2008), *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* (2008), a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino: Giappichelli, p. 3-10.
LEONE G. (1965), *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale,* cit., p. 300-301.
MERCIER L. S. (1773), *Du théâtre, ou nouvel essai sur l'art. dramatique*, Amsterdam: chez van Harrevelt.
MERCIER L. S. (1786), *L'an deux millequatre cent quarante: rêve s'il en fût jamais; suivi de L'homme de fer: songe*, I, Paris.
NOBILI M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè.
NOBILI M. (1989), *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, pt. V, c. 274-284.
ORESTANO R. (1959) *Azione (storia del problema)* in *Enc. dir.*, IV, Milano: Giuffrè, p. 785-829.
SATTA S. (1994), *Il mistero del processo* (1949), Milano: Adelphi, p. 11-37.
SIRACUSANO D. (2000), *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1425-1427.
TONINI P. (2001), *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova: Cedam, p. 3-34.
UBERTIS G. (2009)², *Principi di procedura penale europea*, Milano: Cortina.
UBERTIS G. (2010), *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, p. 371-375.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LORENZO ZILLETTI

IL MONDO NUOVO E GLI ERRORI DEL 1988

Da avvocato 'puro', mi intrometto nel dibattito scientifico tra storici del diritto e studiosi del processo penale, soffermandomi sul "terzo periodo" tra quelli opportunamente individuati, nella sua relazione, da Renzo Orlandi.

Mi interessa, particolarmente, riflettere attorno alle cause che hanno determinato la rapida parabola dell'esperimento accusatorio, tentato dal legislatore del 1988.

Anticipando la conclusione di un'analisi appena abbozzata, son convinto che esse risiedano — soprattutto — nella mentalità di chi le nuove regole avrebbe dovuto applicare: i magistrati, dunque.

Ebbri di convincimento libero e poteri officiosi, i giudici avversarono da subito il rinnovato sistema processuale. Esso, pur con tutti i limiti, le insidie e le contraddizioni che oggi il prof. Dezza ha ben evidenziato nel suo intervento, costituì realmente una svolta epocale; una frattura, rispetto a un lungo passato, ove l'assenza di qualsiasi contraddittorio nel momento di formazione della prova, affidava il ruolo di protagonista a un istruttore monologante, *bon à tout faire*.

Il codice del 1988, benché solo 'tendenzialmente' accusatorio, trapiantato in un corpo burocratico intriso di cultura inquisitoria, venne fulmineamente rigettato. Superato il primo smarrimento, la magistratura ordinaria si spinse a teorizzare supremazie del giusdicente sulle norme processuali e a praticarle attraverso ermeneutiche disinvolte, finalizzate a rovesciare la regola scritta. Dove fu impossibile arrivare da soli, si invocò il superiore intervento della Corte costituzionale, che non fece mancare il suo ausilio demolitorio.

Ma facciamo un passo indietro. Per un anno ho 'convissuto' col cosiddetto vecchio rito. Da praticante, frequentai aule ove si celebravano simulacri di dibattimento, consistenti in sfilate di testimoni dal narrato monosillabico: "confermo, confermo, confermo". Di rado, il

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mantra si interrompeva, ma erano subito guai: il presidente, prima ammoniva severamente l'ardimentoso; poi, in caso di persistente smentita, lo inviava a riflettere sul proprio destino nella cameretta di sicurezza adiacente l'aula. L'assaggio di carcere solitamente sortiva l'effetto desiderato: la conferma era il *commodus discessus*, rispetto all'arresto in flagranza e alla direttissima per falsa testimonianza.

Ad interrogare era sempre il giudice, sì che le domande suggerite dalle parti venivano reinterpretate e modulate secondo il suo orientamento (*rectius*: pre-giudizio), con ulteriore svilimento di ogni possibile contributo dialettico.

Fino alle arringhe conclusive, lo spettatore nulla comprendeva di un processo inesistente. Meglio: che si era svolto prima e altrove e che si materializzava in un corposo volume di carte, ora finalmente suscettibili di critica da parte dei contraddittori.

Ho speso questi ricordi non per narcisistico autobiografismo, ma per far meglio rivivere il clima che si dovette respirare nelle aule di giustizia quel fatidico 24 ottobre 1989.

Tendenziale separatezza delle fasi, principio dispositivo in materia di prove, regole legali nella loro valutazione, contraddittorio, *strepitus advocatorum*: che cosa potevamo attenderci da chi, fino al giorno prima, aveva governato un sistema radicalmente diverso?

Come anticipato, vinto l'iniziale sbandamento (più forte ancora tra i pretori, adusi a cumulativamente istruire, promuovere l'azione penale e giudicare la fondatezza della propria pretesa punitiva) la magistratura adottò le proprie contromisure. Fin dov'era possibile, per neutralizzare il nuovo si attinse — con l'avallo della giurisprudenza di cassazione — agli istituti più ambigui del codice: esposizione introduttiva del pubblico ministero (poi abrogata); autorizzazione ai testi di polizia giudiziaria a consultare gli atti da loro redatti durante le indagini; contestazioni - allegazioni; ammissione officiosa di prove *ex* art. 507; esami conclusivi di testimoni in forme suggestive, vietate alle parti ma non precluse al giudice.

Quando anche la più feconda fantasia interpretativa non consentì di piegare le regole alla tradizionale *Weltanschauung*, s'inondò il palazzo della Consulta di questioni di costituzionalità. Il contrasto tra norme di garanzia e Carta fondamentale venne costruito facendo leva, nientemeno, che su obblighi punitivi asseritamente promananti dagli articoli 25 comma 2 e 112 Cost.; nonché rileggendo il comma

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

2 dell'articolo 101 Cost., come se la soggezione del giudice alla legge non riguardasse anche quella processuale, da sacrificare — viceversa — sull'altare di autonomia, indipendenza e libero convincimento.

Conosciamo le risposte della Corte costituzionale e i principi — inventati — di conservazione e non dispersione della prova. Tuttavia, ciò che preme sottolineare in questa sede è come non esista fonte migliore per ricostruire la mentalità della nostra magistratura — riguardo al processo penale — che il fiume della giurisprudenza di rimessione. Fiume che non si è arrestato neppure all'indomani della novella dell'art. 111 Cost., incontrando stavolta — e per adesso — una diga nelle decisioni della Consulta.

Bisognerà riflettere sugli errori compiuti nel 1988. Solitamente una nuova codificazione è coeva al mutamento di un regime costituzionale. Ad esso si accompagna un radicale rinnovamento degli apparati dello Stato, ivi compreso quello giudiziario. Il codice Vassalli - Pisapia arriva, invece, quaranta anni dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana e viene affidato a un corpo che certamente non è più quello dell'*ancien régime*, ma in cui è profondamente sedimentata la cultura inquisitoria del processo.

Fu un'ingenuità, allora, non affiancare alla riscrittura del rito quella della legge sull'ordinamento giudiziario: unicità delle carriere di giudici e pubblici ministeri; modalità del reclutamento e della formazione, costituivano terreni nevralgici su cui bisognava incidere per garantire il funzionamento della nuova macchina. Invece, una per tutte, fu consentito ai giudici istruttori di assumere le funzioni di giudici per le indagini preliminari, anziché prevedere — come logico — la loro trasmigrazione negli uffici di procura.

Al tema della 'mentalità' ben si legano le questioni della formazione e del reclutamento dei magistrati: tutto si svolge ancor oggi in un regime di autarchia, ove la cultura dei diritti individuali, nel settore del diritto penale, soccombe dinanzi alla primazia dello Stato e alla sua pretesa punitiva.

Finché la formazione comune del ceto dei giuristi sarà confinata soltanto nel momento universitario e non sarà favorita la circolazione tra i vari attori del processo, ci sarà sempre un magistrato (come quello evocato nell'intervento di uno dei partecipanti al seminario) intimamente convinto che la presunzione di innocenza sia soltanto una favola.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

PIETRO COSTA

IL MODELLO ACCUSATORIO IN ITALIA: FRA 'ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE' E MUTAMENTI DI PARADIGMA

1. Renzo Orlandi ha offerto una nitida ed esauriente ricostruzione delle vicende, o vicissitudini, del processo penale nell'Italia repubblicana divenendo per l'occasione egli stesso uno storico del diritto. La sua relazione ha tutte le carte in regola per presentarsi come un saggio di interpretazione storiografica: si avvale infatti di una conoscenza ravvicinata e approfondita dei dati, dei testi, degli uomini di cui fa la storia e al contempo compie un passo indietro rispetto alle urgenze del presente e si concede quella distanza critica che permette di evitare tanto gli entusiasmi apologetici quanto le condanne sommarie.

È in gioco quella che è forse la più 'problematica' delle storiografie: la storiografia contemporanea; problematica perché continuamente esposta al sospetto di mettere in parentesi la dimensione costitutiva della storiografia — il rapporto fra il passato e il presente — perdendo in questo modo la sua ragion d'essere e confondendosi con la sociologia, la politologia, il sapere giuridico. In realtà, fare storia del presente (nonostante l'apparente ossimoro) rivela (al fondo) le medesime caratteristiche e le medesime difficoltà di qualsiasi altra impresa storiografica: quale che sia la sezione temporale prescelta, si tratta comunque di studiare i fenomeni sull'asse della diacronia, ricostruire i mutamenti e la loro direzione di senso, cogliere il sottile gioco e la frequente compresenza delle continuità e delle fratture.

È questo il compito assolto da Orlandi illustrando le trasformazioni di un plesso normativo-istituzionale — il processo penale — e di uno specifico sapere (la processual-penalistica) e mostrando i

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rapporti, stretti ma non lineari, fra questi due 'livelli' dell'esperienza giuridica nell'Italia repubblicana.

Dedicandosi alla storia contemporanea (alla storia della processual-penalistica contemporanea), Renzo Orlandi ha scelto con lucidità un preciso approccio: appunto l'approccio dello storico. Pur lavorando sul medesimo 'oggetto', lo storico e il giurista perseguono obiettivi concettualmente distinti: lo storico si dedica a un lavoro di carattere ermeneutico e 'ricostruttivo', mentre il giurista si propone un compito 'costruttivo' e teoretico. Certo, niente impedisce che i due atteggiamenti si mescolino nel concreto dell'analisi. Resta però importante la consapevolezza della specificità delle due strategie euristiche e della loro necessaria distinzione e complementarità. Ed è anche questa consapevolezza che contribuisce all'unitarietà e alla linearità della relazione di Orlandi.

Data la completezza della ricostruzione offerta dal saggio di Orlandi, il mio intervento dovrà limitarsi a qualche commento in margine e a qualche domanda.

2. Un elemento di forza della storia narrata da Orlandi è l'aver individuato un profilo tematico che funziona come il più sensibile sismografo nei confronti dei fenomeni analizzati: il tema dei diritti individuali. Sono i diritti individuali la principale posta in gioco di una vicenda che proprio grazie al riferimento ad essi può essere ricostruita senza che i profili 'tecnici' acquisiscano un'illusoria autosufficienza e occupino l'intero orizzonte dell'indagine. La contrapposizione fra il processo inquisitorio e il processo accusatorio e, sullo sfondo, il contrasto fra visioni etico-politiche che investono i compiti dello Stato e la rappresentazione dell'individuo ruotano intorno al ruolo da attribuire ai diritti nel complesso dell'ordinamento. Da un lato, l'autorità, dall'altro lato, l'individuo; da un lato, la centralità dello Stato, dall'altro lato, il primato dei diritti: questi sono i termini, elementari ma decisivi, di una tensione che percorre la storia narrata da Orlandi.

Potremmo dire: questa contrapposizione è tanto netta quanto schematica. Se proiettata sull'intero arco della storia del processo medievale e moderno questa troppo semplice distinzione tipologica

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

diviene, come ha persuasivamente mostrato Giorgia Alessi (1), un letto di Procuste incapace di accogliere la varietà della fenomenologia processuale, tanto nell'Europa continentale quanto nei paesi di *common law*. Se però guardiamo al *terminus a quo* della nostra vicenda — coincidente con i lavori dell'assemblea costituente e la nascita della repubblica — quella contrapposizione tipologica, pur nella sua elementarità, torna a mostrarsi persuasiva perché capace di dar voce a una convinzione largamente diffusa fra i costituenti: che trovano un punto di incontro, al di là delle profonde divergenze politico-culturali, proprio nella decisione di contrapporre il primato dei diritti al culto, fascista e prima ottocentesco, del potere statale.

È esemplare in questo senso un famoso intervento di La Pira, secondo il quale la dittatura fascista è l'estrema degenerazione della visione statocentrica imperante nell'Ottocento. Segnare la distanza dal fascismo è possibile soltanto a patto di invertire il piano inclinato che dallo statualismo ottocentesco aveva condotto ai totalitarismi del Novecento e assumere come perno dell'ordinamento la persona e i suoi diritti, declassando gli apparati a semplici strumenti di tutela e di garanzia dei diritti stessi (2).

I diritti fondamentali sono quindi effettivamente il nucleo germinale del nuovo ordinamento repubblicano e possono essere presi in considerazione come il più importante parametro cui rapportare il processo di costruzione della democrazia costituzionale. È in questo orizzonte che può essere collocata la riforma del processo penale: anch'essa un momento di quel programma di attuazione della Costituzione che Piero Calamandrei invocava contro le inadempienze del legislatore (3); dove per attuazione si intenda non soltanto il mantenimento delle più impegnative promesse politico-sociali del costituente, ma anche il ripensamento dell'intero ordinamento alla luce della Costituzione, la sua integrale 'costituzionalizzazione'.

Questo processo non è stato né rapido né indolore: in sostanza, solo negli anni sessanta-settanta i giuristi (e in particolare i giudici, a partire dal famoso convegno di Gardone del 1965), anche accogliendo le suggestioni derivanti dalla (tardiva) creazione della Corte

(1) Alessi 2001.
(2) La Pira 1979.
(3) Calamandrei 1956.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

costituzionale, hanno dato inizio a una profonda revisione della tradizionale ermeneutica positivistica e hanno cominciato ad assumere la Costituzione come il punto di riferimento prioritario nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme (4).

La costituzionalizzazione dell'ordinamento è stata in ogni caso lenta e contrastata, ma il processo penale risulta essere stato un terreno particolarmente impervio. È però anche vero che il processo di distacco dal modello inquisitorio, se appare intricato e contrastato quando lo si studi da vicino in ogni suo singolo episodio, sembra invece rivelare, se guardato a distanza, una sua linearità addirittura teleologica. La direzione di senso sembra univoca: la realizzazione di un'eguaglianza fra le parti impedita dall'autoritarismo del modello inquisitorio. È semmai possibile segnalare uno sfasamento temporale rispetto ad altri settori dell'ordinamento: di cui si auspica la costituzionalizzazione integrale soprattutto nel periodo compreso, approssimativamente, fra gli anni Sessanta e Settanta, mentre l'affermarsi del primato dei diritti sul terreno processual-penale è più tardivo e resta a lungo osteggiato (tanto da aver richiesto, *ad adiuvandum*, una modifica della costituzione stessa).

Il cammino dell'attuazione della costituzione (nel segno dell'affermazione della centralità dei diritti e della compressione del modello statocentrico) è stato quindi singolarmente lento e accidentato sul terreno processual-penale. Anche in Italia comunque il modello accusatorio ha infine prevalso limitando il prepotere degli organi statuali a vantaggio delle garanzie e dei diritti. Potremmo dunque dare per raggiunto il *telos* immanente alla vicenda processualistica nell'Italia repubblicana.

3. Ammettiamo dunque che le promesse immanenti alla Costituzione repubblicana siano finalmente state mantenute sul terreno del processo penale. È però forse possibile sollevare qualche domanda ulteriore e al contempo ipotizzare qualche complicazione del quadro.

Una prima domanda è suggerita proprio dalla ricostruzione offerta da Renzo Orlandi, che non manca di richiamare l'attenzione su alcuni fenomeni che fanno apparire meno lineare e trionfale la

(4) Costa 1987; Luminati 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

vittoria delle libertà. Sta acquisendo una crescente rilevanza, nel processo della comunicazione sociale (in Italia, ma anche in altri paesi dell'Occidente), il tema della sicurezza. Questo tema (peraltro fondamentale in tutta la storia del penale) viene drammatizzato facendo leva su eventi di indubbia rilevanza: da un lato, la minaccia terroristica, enfatizzata a partire dall'11 settembre, dall'altro lato, la pressione migratoria. In entrambi i casi torna ad emergere dall'ombra (più o meno accentuato dai riflettori mass-mediatici) il profilo del nemico: un'antica e sempre rinnovata strategia retorica accentua la contrapposizione fra 'noi' e gli 'altri', fra i membri 'affidabili' della comunità e gli estranei, promuove l'uso simbolico del penale e reclama la rinuncia al *fair play* quando il gioco si fa duro e diviene urgente la neutralizzazione del nemico ('interno' ed 'esterno') (5).

È il ritorno del vecchio fantasma inquisitorio? Non mi sembra. Il modello inquisitorio era (o pretendeva di essere) imparziale: per esso, occorre assicurare alla giustizia il delinquente, chiunque egli sia, costi quel che costi. Le recenti politiche securitarie (6) mi sembrano piuttosto ispirate ad una logica selettiva: esse fanno pensare semmai a una rivisitazione odierna della vecchia politica del doppio binario; quella politica che ha indotto Luigi Lacchè e Mario Sbriccoli a distinguere, per il diritto penale ottocentesco, fra una giustizia per i galantuomini e una giustizia per le classi 'pericolose' (7). Se così fosse, il trionfo del modello accusatorio (non solo in Italia) dovrebbe essere messo in rapporto, forse non solo congiunturale, con il diffondersi delle strategie securitarie; e il risultato complessivo sarebbe allora non già la garanzia della libertà di tutti, ma il trattamento differenziato dei soggetti in ragione della loro posizione socialmente centrale o marginale. La situazione odierna sarebbe caratterizzata dalla compresenza di due strategie (modello accusatorio, politiche securitarie) concettualmente incompatibili e tuttavia collegate funzionalmente fra loro.

4. Il modello accusatorio ha trionfato, ma, nel momento del trionfo, non ha occupato l'intero orizzonte del penale, bensì sembra

(5) Jacobs 2003; Gamberini, Orlandi 2007; *Quaderni fiorentini* 2009.
(6) Santoro 2002; Pitch 2006.
(7) Lacchè 1990; Sbriccoli 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

costretto a condividerne lo spazio con politiche securitarie ispirate a una logica perfettamente contraria.

Il successo in Italia del modello accusatorio (sia pure tardivo, contrastato e ancora offuscato da qualche ombra) sollecita una questione ulteriore, che attiene ai presupposti socio-culturali del suo successo. Il modello accusatorio cui i riformatori italiani hanno guardato con insistenza e con interesse è in sostanza la traduzione processuale di una visione del soggetto che esalta l'autonomia dell'individuo e non attribuisce un pregiudiziale favore ai poteri pubblici.

Un siffatto modello, se esalta il primato dei diritti, è al contempo un microcosmo sul quale si riflettono un'antropologia politica e un immaginario sociale che hanno trovato la loro più emblematica espressione nella società americana otto-novecentesca. È il modello della *competitive market society*: una società caratterizzata dal protagonismo dell'individuo, assunto come perfettamente libero e responsabile delle sue azioni, e dall'agonismo competitivo, dal diritto-dovere di ciascuno di affermare se stesso in una competizione 'globale', ma rispettosa delle regole. È in sostanza l'idea che Spencer, a fine Ottocento, aveva offerto della società moderna: una società industriale, fondata sul meccanismo del contratto, capace di una auto-regolazione che avrebbe costretto lo Stato a un ruolo sempre più marginale. E non è un caso che proprio negli Stati Uniti Spencer abbia ottenuto un successo e un seguito che l'Europa, ormai orientata verso lo Stato sociale, stentava a tributargli.

Sono questi i presupposti socio-culturali del modello accusatorio coltivato in America, ma non è questa l'antropologia politica soggiacente alla costituzione del '48. Certo, in essa i diritti individuali si pongono al centro del sistema. L'individuo di Giorgio La Pira o di Lelio Basso non è però l'individuo spenceriano, acquisitivo e competitivo, ma è la persona che si realizza in connessione e collaborazione con gli altri e conta sull'intervento attivo e promozionale dello Stato; che non è dunque soltanto il mero arbitro della contesa, il controllore delle regole indifferente all'esito della partita, ma è un organo che agisce al servizio dei diritti e proprio per questo è tenuto a farsi carico di un'eguaglianza che non è soltanto formale, ma è anche (come vuole l'art. 3) sostantiva e trasformatrice.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Se ciò è vero, chiede di essere circostanziata e problematizzata l'affermazione secondo la quale la realizzazione del modello accusatorio coincide senza residui con l'attuazione dei principî costituzionali. È vero che l'eguaglianza delle parti nel processo può essere fatta discendere senza sforzo dal sistema costituzionale delle garanzie. Restano però, sullo sfondo, alcuni elementi — l'impianto solidaristico della costituzione e la funzione attiva e promozionale attribuita allo Stato — che rendono più complesso il rapporto fra la costituzione del '48 e l'introduzione in Italia del modello accusatorio. E forse non è solo un caso o un dato contingente il fatto che il nuovo processo decolli in un momento storico (in sostanza l'ultimo ventennio) ormai sempre più lontano dall'ethos solidaristico dei costituenti e sempre più vicino al modello economico-competitivo caratteristico degli Stati Uniti d'America.

5. Un'ulteriore occasione di riflessione potrebbe essere offerta dalla considerazione che nel modello accusatorio è coinvolta non soltanto una precisa antropologia, ma anche un'originale idea di verità.

Per tutta una lunga stagione storica che dalla prima età moderna arriva fino a noi sembra sussistere un nesso stretto e decisivo fra la macchina processuale e l'accertamento della verità. Certo, si è diffusa, nel corso del Novecento, la consapevolezza del carattere congetturale e ipotetico della verità processuale; una verità che si afferma passando attraverso i complicati filtri dei meccanismi istituzionali e delle mediazioni tecnico-giuridiche e deve essere messa in rapporto con le perelmaniane strategie retoriche, piuttosto che con una logica rigorosamente deduttiva. Un recente e affascinante libro di Massimo Nobili offre un quadro variegato e impietoso delle aporie e delle difficoltà cui va incontro l'accertamento processuale della verità (8). E tuttavia lo stesso Nobili non esita a confermare la necessaria inerenza della verità (della tensione verso la verità) nella logica del processo. Tuttora l'immaginario sociale e un'aspettativa diffusa si attendono che il processo permetta di separare il colpevole dall'innocente, di 'dare a ciascuno il suo', di fare, in questo senso

(8) NOBILI 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

'giustizia'. La 'macchina della giustizia' è anche una 'macchina della verità'.

Questa aspettativa non muta alla radice con l'avvento del modello accusatorio. Subisce però consistenti modificazioni l'immagine adamantina di una verità che lo Stato deve accertare con tutti i mezzi. L'accertamento della verità è consegnato al gioco delle parti contendenti: è vera la tesi che l'una o l'altra di esse ha reso più persuasiva. L'accertamento della verità è affidato non tanto all'impassibile e sovrastante sguardo del Terzo quanto a una partita formalmente paritaria, dove i contendenti danno prova delle loro agonistiche capacità. La verità è ancora un punto di riferimento determinante per il processo, anche per il processo accusatorio. Se però l'accertamento della verità coincide con l'esito di una partita fra squadre contrapposte, la verità perde la sua aura sacrale per divenire la medaglia occasionalmente conquistata dal campione di turno (più bravo, più famoso, più remunerato). L'eguale rispetto delle regole del gioco viene a trovarsi ancora una volta in un rapporto problematico con le istanze dell'eguaglianza sostanziale.

La verità resta un obiettivo qualificante anche per il processo accusatorio. Mi chiedo però se nella sua logica 'agonistica' e (per così dire) 'privatistica' non sia già adombrata una tendenza suscettibile di evolvere verso il compiuto divorzio fra meccanismo processuale e verità. Un indizio interessante in questo senso mi sembra offerto dal rito del 'patteggiamento'. Può darsi che la processualistica non abbia ancora sviluppato fino in fondo le implicazioni di questo procedimento, forse anche per la sua collocazione tuttora marginale nel processo italiano. Il patteggiamento però non è marginale in America, se è vero che più del 90% dei processi si conclude con il *plea bargaining* (9). Quale è la 'filosofia' che lo rende possibile?

A me sembra che il suo presupposto sia una netta interruzione del nesso fra processo e verità. Con il *plea bargaining* il tema della verità esce di scena, per essere sostituito da uno schema 'negoziale' che mira semplicemente alla composizione del conflitto. Gli storici potrebbero evocare quell'antica fase della società medievale, antecedente alla formazione di un potere centralizzato, dove era appunto

(9) GAMBINI MUSSO 1985; FISHER 2003; MARCOLINI 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

fondamentale il momento della negoziazione (10). Se volessimo giocare con le formule, potremmo parlare di un *new medievalism* processual-penale. Un rilievo meno ludico potrebbe però forse essere il seguente: nella giustizia negoziale (medievale come post-moderna), non meno che nei modelli processuali impegnati, pur in modo diverso, nell'accertamento della verità, il fenomeno ricorrente è la tendenza a fare dei procedimenti e degli apparati uno strumento di disciplinamento e di rafforzamento delle discriminazioni sociali. L'elegante semplicità dei 'modelli' è continuamente contaminata dalle dure e prosaiche esigenze del 'governo' (in senso foucaultiano) dei soggetti.

Riferimenti bibliografici

ALESSI G. (2001), *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari: Laterza.

CALAMANDREI P. (1956), *La costituzione inattuata*, Milano-Roma: Ed. Avanti!

COSTA P. (1987), *L'alternativa 'presa sul serio': manifesti giuridici degli anni Settanta*, in *Democrazia e diritto*, XXVII, 3, pp. 15-56.

FISHER G. (2003), *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford: Stanford University Press.

GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di) (2007), *Delitto politico e delitto penale del nemico,* Bologna: Monduzzi.

GAMBINI MUSSO R. (1985), *Il plea bargaining tra common law e civil law*, Milano: Giuffrè.

JAKOBS G. (2003), *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. Jakobs, M. Cancio Melia, Madrid: Civitas Ediciones, p. 19-56.

LA PIRA G. (1946), *Principi relativi ai rapporti civili* [Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione, I sottocommissione. Relazione del deputato La Pira Giorgio], in La Pira G. (1979).

LA PIRA G. (1979), *La casa comune. Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze: Cultura.

LACCHÈ L. (1990), *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale*, Milano: Giuffrè.

LUMINATI M. (2007), *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann.

MARCOLINI S. (2005), *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata: l'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pe-*

(10) SBRICCOLI 2001; SBRICCOLI 2002; ZORZI 2008.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

na su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia, Milano: Giuffrè.

NOBILI M. (2009), *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna: il Mulino.

PITCH T. (2006), *La società della prevenzione*, Roma: Carocci.

Quaderni Fiorentini (2009), 38, (*I diritti dei nemici*).

SANTORO E. (2002), *Le politiche penali dell'era della globalizzazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, pp. 75-97.

SBRICCOLI M. (1998), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in SBRICCOLI 2009, pp. 591-670.

SBRICCOLI M. (2001), *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in SBRICCOLI 2009, pp. 1223-1245.

SBRICCOLI M. (2002), *Giustizia criminale*, in SBRICCOLI 2009, pp. 3-44.

SBRICCOLI M. (2009), *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano: Giuffrè.

ZORZI A. (2008), *"Fracta est civitas magna in tres partes". Conflitto e costituzione nell'Italia comunale*, in *Scienza & Politica*, 39, pp. 61-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

BALDASSARE PASTORE

CRITERI EPISTEMOLOGICI E PRINCÌPI COSTITUZIONALI NEL PROCESSO PENALE

1. La accurata ricostruzione proposta da Renzo Orlandi nella sua relazione mette ben in evidenza, con riguardo al settore processual-penalistico, le modalità attraverso le quali la cultura giuridica opera in quell'ambito di esperienza che è il diritto.

"Cultura giuridica" è espressione che indica cose diverse. Può essere intesa: *a*) come l'insieme delle teorie, delle filosofie, delle dottrine elaborate in una determinata fase storica dai giuristi e dai filosofi del diritto; *b*) come il complesso delle ideologie, dei modelli di giustizia e dei modi di pensiero intorno al diritto assunti dai legislatori e dagli operatori giuridici di professione; *c*) come senso comune intorno al diritto e ai singoli istituti giuridici presente in una determinata società. Si tratta, dunque, di un insieme di atteggiamenti e di saperi che interagiscono con il diritto positivo, talché esso diventa, nel contempo, oggetto e prodotto della cultura giuridica [1].

Questo rapporto di reciproca interazione intrattenuto dalla cultura giuridica con il diritto positivo trova una specifica esemplificazione nel discorso relativo ai diritti individuali e al processo penale nella storia della nostra Repubblica. La questione rinvia a quel mutamento dell'intero paradigma del diritto legato alla costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano che si caratterizza come un percorso, invero non sempre lineare e spesso timido, segnato da inquietitudini metodologiche e da esigenze di revisione critica delle concezioni ricevute dal passato e che, tra l'altro, vede la Costituzione alterare la struttura formale del diritto, codificando princìpi assiologici cui la legislazione è obbligata a uniformarsi. Per

---

[1] Ferrajoli 1999, p. 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

"costituzionalizzazione", infatti, si intende un processo di trasformazione al termine del quale l'ordinamento risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali, capaci, così, di condizionare la legislazione, la giurisprudenza, la dottrina, le azioni degli attori politici, come pure le relazioni sociali. Questo processo richiede, come condizioni necessarie, l'esistenza di una Costituzione rigida e la sua garanzia giurisdizionale, tramite il controllo sulla conformità delle leggi alla stessa Costituzione (2). Al suo interno gioca un ruolo centrale la valorizzazione della dignità della persona e delle libertà individuali (3).

Dal punto di vista del ragionamento giudiziale, in uno Stato costituzionale, i diritti si pongono come fattori che assumono un rilievo nell'applicazione del diritto, in relazione alla definizione delle forme e dei modi dell'attività giurisdizionale. Possiamo parlare, al riguardo, di diritti *del* processo penale, che sono quei diritti riconosciuti alle parti, soprattutto all'imputato, con specifico riferimento alle attività processuali, individuando quelli indefettibili in quanto caratterizzanti la giurisdizione. Il diritto di difesa rientra tipicamente in questa categoria. Ma i diritti, inoltre, rilevano *nel* processo penale in quanto diritti extra-processuali, che possono essere violati dallo svolgimento del processo, al fine di determinare se ciò sia giuridicamente consentito ed eventualmente in quali limiti e con quali modalità. Essi riguardano, paradigmaticamente, la libertà personale e il rispetto della vita privata. In questi casi si tratta, da parte dell'ordinamento, di definire il punto di equilibrio tra tutela dei diritti individuali ed esigenze dell'amministrazione della giustizia, sì da determinare l'estensione dei poteri degli organi giudiziari nei confronti dei singoli (4).

In netta opposizione ad un regime politico — quello fascista — che collocava l'autorità al vertice dei valori (5), il modello costituzionale assume che la funzione del processo penale sia quella di garantire i diritti fondamentali, configurandolo come strumento di

---

(2) Guastini 1998, p. 185 ss.
(3) Ferrajoli 1999, p. 50 ss.
(4) Ubertis 2002, p. 173 ss.
(5) Cordero 1966, p. 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tutela dell'individuo nei confronti dell'autorità pubblica (6). I diritti delle persone risultano protetti grazie al carattere cognitivo del giudizio e alla individuazione dei princìpi fondanti della giurisdizione penale nell'immunità dei cittadini contro l'arbitrio e l'invadenza inquisitoria, nell'eguaglianza delle parti contendenti, nella rilevanza della confutazione della pretesa punitiva e della sua esposizione al controllo da parte dell'imputato, nel rispetto della sua persona. In linea con tali princìpi, lo scopo giustificante del processo penale si identifica con la garanzia delle libertà dei cittadini tramite la garanzia della verità contro il sopruso e l'errore: di una verità non calata dall'alto, ma raggiunta tramite prove e smentite (7).

Da ciò deriva una struttura del giudizio assicurata normativamente da tre criteri procedurali riguardanti: la *contestazione dell'accusa*, con la quale è formulata l'ipotesi accusatoria e si instaura il contraddittorio; l'*onere della prova* di tale ipotesi, gravante sull'accusatore; il *diritto di difesa* attribuito all'imputato. A tali criteri, aventi la qualità di garanzie epistemologiche, se ne connettono altri riguardanti: la *pubblicità*, che rende possibile il controllo interno ed esterno dell'intera attività processuale; l'*oralità*, che comporta l'immediatezza e la concentrazione dell'istruzione probatoria; la *legalità* delle procedure, che richiede lo svolgimento di tutte le attività giudiziarie secondo un rito giuridicamente prestabilito; la *motivazione*, che documenta e garantisce la fondatezza o l'infondatezza, suffragate da prove, delle ipotesi accusatorie contestate (8).

Siffatti princìpi hanno segnato la storia delle riforme del processo penale nell'Italia repubblicana. Una storia — come sottolinea Orlandi — caratterizzata da slanci ideali e proiezioni ottimistiche nel futuro, ma anche da avversioni e diffidenze per le novità, con conseguenti impulsi di ritorno al passato. Una storia a cui fanno da sfondo i mutamenti del quadro culturale complessivo e che va compresa prestando attenzione al peso che determinate matrici concettuali e ideologiche hanno nella teoria e nella pratica del diritto.

---

(6) Illuminati 2008, p. 522.
(7) Ferrajoli 1989, p. 555 ss.
(8) Ferrajoli 1989, p. 621 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

La cultura giuridica risulta connessa agli orientamenti complessivi propri di una data epoca. Ciò ha ricadute rilevanti nell'ambito del processo penale, dove sono richiesti, come requisiti, in rapporto con i princìpi di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità, la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo e la loro prova in forza di procedure che ne consentano sia la verifica sia la confutazione. Il presupposto della pena, infatti, è la commissione di un fatto univocamente denotato come reato dalla legge e dalle ipotesi d'accusa, sicché sia provabile o smentibile giudizialmente. Il giudizio, pertanto, deve essere basato sul controllo empirico e ciò esige che le ipotesi accusatorie siano concretamente sottoposte a verifica ed esposte a confutazione in modo da risultare convalidate solo se suffragate da prove e controprove (9). Tali assunti sono pienamente coerenti con alcune idee appartenenti al patrimonio generale della cultura filosofico-scientifica contemporanea e mostrano come la scienza giuridica — nel contesto specifico della nostra discussione, quello processual-penalistico — non possa svilupparsi ed operare in maniera indipendente dall'auto-riflessione delle altre scienze, ma debba misurarsi con le novità che intervengono sul piano epistemologico generale.

Il metodo processuale, nella sua declinazione accusatoria, può essere configurato, per molti versi, come una trasposizione giuridica dell'epistemologia falsificazionistica (10). Non si tratta — è questo l'esito della riflessione della filosofia della scienza odierna — di conseguire una conoscenza assoluta e incontrovertibile ma, nell'orizzonte di una ricerca critica di una verità riguardante azioni, comportamenti, eventi umani, di chiarire il più esattamente possibile quali siano le ipotesi di lavoro costituenti il motore della ricerca, quali siano i postulati impliciti nella conduzione di un'indagine, quale sia l'incidenza degli strumenti impiegati sugli scopi che si intendono raggiungere. Il metodo, allora, non può essere separato dal suo oggetto. Qualunque risultato di un'indagine fattuale dipende dal contesto in cui questa si svolge, dalla metodologia seguita, dalle finalità prefissate (11).

---

(9) FERRAJOLI 1989, p. 9.

(10) FERRAJOLI 1989, p. 620.

(11) UBERTIS 1993, p. 49 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Siffatte tesi teoriche, trasferite in ambito giudiziario, producono almeno due conseguenze. In base alla prima, dal momento che il risultato di una qualsiasi indagine non può essere ridotto ad una pura e totale "datità", anche il materiale fattuale utilizzato dal giudice per la decisione non è l'esito di una recezione passiva degli elementi probatori. Alla luce della seconda conseguenza, il ragionamento giudiziario non può essere ricondotto ad una dimensione esclusivamente logico-deduttiva, ma presenta, insieme ad elementi logici, aspetti quasi logici, topici, valutativi, retorici e argomentativi (12).

Entra in crisi la convinzione della sostanziale non problematicità della conoscenza relativa ai fatti nel processo, derivante da una visione oggettivistica che pretende di ritrovare nelle scienze empiriche la riproduzione certa della realtà fenomenica (13), da una identificazione della razionalità con la logicità e dall'assunzione di una concezione dimostrativa della prova.

Invero, tra l'indagine processuale e l'indagine volta all'acquisizione di conoscenza, che, nella modernità, è riconducibile all'impresa scientifica, sono rintracciabili notevoli somiglianze. Si può anzi affermare che, dal punto di vista storico, a partire dall'antichità classica fino al medioevo, la metodologia della conoscenza fattuale si modella sulla procedura giudiziaria attraverso la configurazione delle tecniche della disputa elaborate per le controversie giuridiche, dove la ricerca della verità — quella "probabile", considerata l'unico grado di verità possibile nelle cose umane — è affidata alle argomentazioni delle parti secondo lo schema della *disputatio*, articolata e risolta per *confirmationes* e *refutationes*, e dove il ragionamento probatorio è basato sulla concezione della prova come *argumentum* (14). È sulla base di questo schema che ha origine il sistema del processo accusatorio, benché, già nella cultura giuridica europea tardo-medievale, si assista all'abbandono progressivo della concezione argomentativa della prova e, con la rivoluzione scientifica moderna, l'empirismo e il razionalismo, nel determinare la rottura del legame tra retorica e logica, conducano all'oscuramento di tale

(12) Ubertis 1993, p. 51 ss.; Pastore 1996, p. 115 ss.
(13) Di Donato 2008, p. 79 ss.
(14) Giuliani 1961, p. 95 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

concezione, attraverso l'estensione nel campo giuridico dell'impostazione sperimentale fondata sul principio di verificazione (15).

2. Come si è accennato in precedenza, il modello cognitivo di processo penale, che riconosce all'imputato il diritto di interloquire e subordina la pronuncia di una condanna alla coerenza delle ipotesi accusatorie con i dati probatori ed alla loro maggiore capacità esplicativa riguardo ad ogni altra ipotesi avanzata, si regge su tre fondamentali garanzie di carattere epistemologico: l'onere della prova da parte dell'accusatore; il contraddittorio, come miglior mezzo per scoprire tutto ciò che può confermare o falsificare l'ipotesi accusatoria; la terzietà del giudice chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza dell'accusa.

Tali garanzie hanno un solido fondamento nella Costituzione italiana del 1948: nell'art. 101, 2° comma, relativo alla soggezione del giudice alla sola legge; nell'art. 27, 2° comma, riguardante la presunzione di non colpevolezza; nell'art. 24, 2° comma, relativo alla inviolabilità del diritto di difesa, che va inteso come contraddittorio sui temi dell'accusa, grazie anche al coordinamento con l'art. 3, da cui è enucleabile il principio della parità tra accusa e difesa nella dialettica processuale (16). Si tratta di idee-cardini del processo, portato di una precisa opzione culturale, che trovano ora una espressa enunciazione nel nuovo art. 111, introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, che si allinea alle fonti internazionali e sovranazionali sui diritti umani (si considerino, ad esempio, gli artt. 8, 10, 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966), dove sono enumerati in modo inequivocabile i requisiti del processo *fair*, *équitable*, "giusto" (17). Il "giusto processo" si configura come categoria ordinante di portata generale, clausola di giustizia procedurale, espressione della cultura della legalità nello Stato costituzionale di diritto.

---

(15) GIULIANI 1961, p. 223 ss.
(16) FERRUA 1993, p. 257.
(17) CHIAVARIO 2001, p. 2 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Particolare rilevanza assume il contraddittorio, il cui valore riguarda non solo la situazione dei portatori di interessi in conflitto, ma anche l'assetto della giurisdizione, collegandosi alla necessaria presenza di un organo giudicante "terzo", indipendente ed imparziale, che decide dopo aver ascoltato le parti su ogni questione di cui è investito. Il contraddittorio, dunque, presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in ragione della considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti, in quanto presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la norma applicabile al caso concreto. Il contraddittorio, così, va inteso in senso soggettivo, ma anche in senso oggettivo. È contraddittorio *sulla* prova, ma anche *per* la prova (18). Opporre il contraddittorio alla ricerca della verità si configura, pertanto, come un infelice equivoco (19).

Le garanzie processuali sopra richiamate, insieme alla nozione di prova da esse implicata, rispecchiano il travaglio politico, istituzionale, culturale e il mutamento dei relativi paradigmi (20). Si può affermare che questo travaglio abbia caratterizzato le vicende della scienza e della legislazione processuale penale nelle stagioni della Repubblica. Va anche detto che l'approccio costituzionalistico al diritto processuale penale presenta, a partire dalla fine degli anni '40 del secolo scorso, una sempre più definita conformazione, come ben evidenzia Daniele Negri nella sua introduzione al seminario.

Può essere di un certo interesse, allora, riconosciute le somiglianze tra indagine giudiziaria e indagine scientifica, tentare di individuare alcuni tratti che rendono possibile rintracciare un parallelismo tra il modello di processo ricavabile dalla Costituzione e gli sviluppi della riflessione epistemologica, relativa cioè alla natura dell'impresa scientifica ed ai problemi filosofici da essa implicati, che, dagli anni '50, hanno condotto all'abbandono dell'immagine positivistica e neopositivistica di scienza, dominante nella cultura europea e americana tra l' Ottocento e la prima metà del Novecento. Non si tratta, certamente, di istituire dirette correlazioni, né di

(18) Grevi 2000, p. 430 ss.
(19) Ferrua 1993, p. 212.
(20) Pastore 1996, p. 143 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ricercare influenze automatiche. Tutto ciò sarebbe impossibile, oltre che improprio. Possono essere evidenziate, però, delle affinità e possono essere individuati, appunto, dei percorsi paralleli, riguardanti, da un lato, le riflessioni di filosofia della scienza sviluppatesi a partire dagli anni '50, dall'altro, le elaborazioni della scienza processual-penalistica in tema di ricostruzione fattuale e di metodo probatorio giudiziario nei periodi dell'Italia repubblicana. Abbiamo a che fare, in sostanza, con affinità e percorsi paralleli che rinviano ad orientamenti culturali complessivi, espressione di uno *Zeitgeist* che pervade settori diversi dell'esperienza e incide su specifiche questioni e su determinati ambiti.

Gli anni successivi alla nascita della Repubblica vedono la cultura processual-penalistica impegnata progressivamente a far maturare e far valere un approccio costituzionalmente orientato. Il processo, in netto contrasto con gli influssi del totalitarismo politico ed i criteri che lo sostengono, è considerato quale sistema di garanzie per le libertà individuali (21). È solo il "libero ed aperto contraddittorio tra accusa e difesa davanti ad un giudice non vincolato nella formazione del suo convincimento" che "consente all'imputato di far valere i suoi diritti di libertà ed a essere presunto innocente sino a tanto che non è stata pronunziata una sentenza penale passata in giudicato" (22). La forza motrice di un processo che risponda ai princìpi degli ordinamenti liberal-democratici è costituita dal contraddittorio, espressione del carattere della dialetticità (23). Proprio nella contrapposizione dialettica delle parti, che implica l'esclusione dal processo di ogni prova ottenuta fuori dal loro controllo (24), è possibile trovare il miglior mezzo per vedere, illuminata sotto diversi profili, la verità. La decisione va dunque costruita su quanto è emerso dall'attività corale dei protagonisti del giudizio (25).

Emerge, con progressiva consapevolezza, l'idea che nel processo si ottiene una ricostruzione dei fatti attraverso l'accertamento della verità delle contrapposte enunciazioni delle parti, costituenti la

(21) Bettiol 1950, p. 131.
(22) Bettiol 1950, p. 132.
(23) Cordero 1966, p. 172.
(24) Cordero 1966, p. 202.
(25) Cordero 1966, p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rappresentazione "storica" da ciascuna di esse offerta al giudice, per cui l'esito processuale consegue ad un'attiva partecipazione di tutti i soggetti che intervengono da diverse prospettive in ogni momento del dibattimento, influenzandone il corso (26). Il confronto dialettico delle "verità", che il contraddittorio garantisce, si lega al rispetto della dignità della persona (27). Il principio del contraddittorio, inteso come *modus procedendi* per l'accertamento del vero, esprime, dunque, sia una scelta gnoseologica sia una scelta etico-politica (28).

3. La ricerca giudiziale è vista procedere "per tentativi ed errori" ed assume come costitutiva la dimensione della disputa e della controversia argomentativa (29). Essa presenta, sotto diversi profili, delle notevoli assonanze con gli orientamenti dell'epistemologia contemporanea (30). Trova allora conferma l'idea secondo cui i mutamenti nell'immagine generale della conoscenza influenzano gli ambiti dell'esperienza giuridica, in maniera più o meno intensa.

Le modalità di definizione della prova giudiziaria, ad esempio, si addicono pienamente alla giustificazione delle ipotesi scientifiche. Si tratta, infatti, di un procedimento attraverso cui un fatto controverso o dubbio acquista il valore di maggiore evidenza possibile (31). In questo senso, la prova, sia nel processo sia nella scienza, riunisce in sé tre elementi: a) l'esigenza di criteri di intelligibilità; b) l'applicazione di tali criteri alla situazione che si intende spiegare (attraverso l'individuazione delle ragioni plausibili); c) l'accertamento della situazione (la ricostruzione del fatto) tramite la valutazione della spiegazione con metodi non falsati dall'arbitrarietà e che si oppongano alla volontà e agli interessi soggettivi (32).

A iniziare dagli anni '50 del secolo scorso prende avvio il percorso di revisione delle idee, fino a quel momento dominanti nel dibattito sulla teoria della conoscenza e della scienza. Preceduta

(26) Ubertis 1993, p. 61.
(27) Giostra 1986, p. 13.
(28) Giostra 1986, p. 21 ss.
(29) Ubertis 1993, p. 57 ss.
(30) Popper 1983: 1994, p. 67 ss.
(31) Levy-Bruhl 1964, p. 15.
(32) Gil 1986: 1990, p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dalle riflessioni popperiane (33) circa l'utilità euristica di sostituire al principio neopositivistico di verificazione (secondo cui il significato di un'asserzione è il metodo della sua verifica) il principio di falsificabilità come criterio di validità delle teorie scientifiche e di verità degli enunciati empirici (una teoria scientifica deve essere messa alla prova in base ai tentativi volti a confutarla ed è valida fino a quando resiste ai tentativi di confutazione), l'epistemologia post-positivistica, nelle sue molteplici e variegate ramificazioni, propone alcune tesi teoriche, all'interno di una prospettiva globale volta ad abbandonare il paradigma referenziale e descrittivistico del neopositivismo (34), ed a evidenziare la dipendenza delle teorie scientifiche da contesti, anche metodologici, individuati come punti di riferimento.

L'epistemologia post-positivistica (35) sottolinea la dimensione pragmatica dell'impresa scientifica, l'importanza della storia nel divenire della scienza, l'imprescindibilità delle conoscenze di sfondo come premessa di ogni esperienza osservativa, gli aspetti di carattere argomentativo e decisionale presenti nell'attività scientifica, il carattere intersoggettivo della giustificazione delle asserzioni scientifiche, il ruolo delle procedure di controllo dei risultati della ricerca.

In primo luogo, viene messa in discussione la separazione tra teoria ed osservazione, evidenziando la dipendenza teorica dell'osservazione stessa. Le proposizioni scientifiche non sono riducibili ad asserzioni elementari su dati osservabili e su esperienze immediate. Ogni osservazione è, invece, "carica di teoria" (36).

Secondo l'epistemologia post-positivistica, inoltre, è sempre possibile, in linea di principio, che differenti strutture teoriche si adattino altrettanto bene ai fatti disponibili, in linea con la *underdetermination thesis* (37). Si ha a che fare, in queste situazioni, con scelte non riconducibili a motivazioni di carattere strettamente logico o empirico, attraverso un'applicazione automatica di regole capaci di dimostrare la fondatezza della conclusione di un ragiona-

(33) Popper 1934: 1970, p. 21 ss.
(34) Gillies, Giorello 1995, p. 145 ss.
(35) Antiseri 2006, p. 3496 ss.
(36) Hanson 1958: 1978, p. 109.
(37) Quine 1951: 2004, p. 60 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mento. Le teorie possono avere un contenuto equivalente e i criteri che dovrebbero dettare la scelta possono confliggere (38). Vanno, allora, operate valutazioni comparative, soppesando pregi e difetti e fornendo buone ragioni a sostegno di una teoria.

Viene anche ripensata la nozione di verità, che assume una dimensione delimitata e relativa, cioè limitata a determinati aspetti della realtà e relativa a quei referenti che si possono cogliere mediante certe procedure operazionali (39). Ne segue che non ci sono verità assolute, né vi è alcuna automatica ed ingenuamente realistica corrispondenza tra pensiero e mondo, tra proposizioni e fatti, come asserito dal Wittgenstein del *Tractatus logico-philosophicus* e, tra gli altri, da Russell, Schlick, Carnap. La verità di un enunciato rinvia alla sua *asseribilità garantita*, ossia all'esistenza di valide giustificazioni che rendono possibile ritenere quell'enunciato vero. Rileva, qui, la connessione tra affermazioni, che inizialmente hanno carattere ipotetico, e le prove che confermano la veridicità di queste affermazioni.

Negli stessi anni in cui acquistano consistenza gli orientamenti meta-scientifici post-positivistici, nel dibattito filosofico emerge — o per meglio dire riemerge — il tema dell'argomentazione, grazie agli studi di Chaïm Perelman, che nel 1958 pubblica con Lucie Olbrechts-Tyteca il *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (40), e di Stephen Toulmin (41). L'argomentazione viene intesa come pratica sociale dialettica e intersoggettiva di produzione di ragioni a sostegno di una tesi entro un contesto linguistico. La validità di un'argomentazione è determinata, oltre che da forme procedurali, da criteri di valutazione interni a ciascun campo di esperienza.

La ripresa della teoria dell'argomentazione, negli anni '50 e '60, si associa all'esigenza di affiancare nuove forme di razionalità a quella deduttivo-scientifica, che identifica il dominio della ragione con quello delle prove dimostrative. Non può non essere sottolineato, a questo proposito, come la teoria dell'argomentazione ha un interesse preminente per il giurista. La controversia giudiziaria, del

(38) Kuhn 1977: 1985, p. 356 ss.
(39) Agazzi 2007, p. 105.
(40) Perelman, Olbrechts-Tyteca 1958: 1966.
(41) Toulmin 1958: 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

resto, è sempre stata la fonte principale di osservazione per la retorica, ossia per il discorso persuasivo volto a trovare buone ragioni per le scelte e le decisioni riguardanti le vicende umane (42).

Sia il pensiero post-positivistico sia la teoria dell'argomentazione esprimono una grande attenzione nei confronti dei rapporti intercorrenti tra la scienza e gli altri sistemi culturali e sociali (compreso il diritto). La scienza non è vista come qualcosa di separato e totalmente diverso dalle altre attività umane (43). Tra certi aspetti del metodo delle scienze naturali e certi fenomeni giuridici, quelli riguardanti in particolare i meccanismi processuali, sono rintracciabili, anzi, significative affinità e analogie, riguardanti alcune loro modalità di funzionamento, in relazione proprio alla maniera con cui questi sistemi entrano in rapporto con i "fatti" di loro pertinenza ed alla struttura logica degli argomenti razionali impiegati nelle due aree. Tali modalità di funzionamento interessano alcuni aspetti delle attività di carattere decisionale richieste agli operatori (scienziati e giudici) che lavorano all'interno dei due sistemi, con specifico riguardo alle forme di controllo delle teorie scientifiche e all'applicazione giuridica.

La tesi della *theory-ladenness* delle osservazioni, secondo la quale non esistono fatti puri, in quanto essi si presentano sempre come "teoricamente interpretati", è paragonabile al modo in cui le "questioni di fatto" sono trattate nel processo. Anche in questo contesto operano criteri per selezionare ciò che è rilevante ai fini della decisione, sicché i "fatti" entrano nel processo dopo che hanno ricevuto certe qualificazioni. Qui è il sistema giuridico che fornisce i criteri che fungono da schemi di selezione e qualificazione (44).

Una seconda analogia tra attività scientifica e attività processuale concerne i rapporti tra le scelte e le decisioni che avvengono in entrambi i campi. Nel campo della scienza — come evidenzia l'epistemologia post-positivistica — si tratta di dover operare delle scelte, fornendo buone ragioni a sostegno, soprattutto nel caso in cui si hanno di fronte più teorie in competizione tra loro. Tale dinamica è ben presente nell'esperienza giuridico-processuale. Qui le scelte e

(42) Bobbio 1966, p. XVIII.
(43) Villa 1984, p. 217 ss.
(44) Villa 1984, p. 225 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

le decisioni difficilmente hanno il carattere della cogenza logica, fondandosi piuttosto su criteri di ragionevolezza e persuasività (45). Sono richieste decisioni argomentative e la prova dei fatti rilevanti non riguarda un'attività solamente cognitiva, ma è espressione di scelte rispetto ad ipotesi esplicative alternative (46). Non va dimenticato, al riguardo, che l'ambito del giudizio è quello del confronto tra contrapposte enunciazioni delle parti e del raffronto delle compatibilità e incompatibilità delle ipotesi prospettate con gli elementi probatori presentati. Il contraddittorio costituisce il luogo di verifica e di controllo delle interpretazioni proposte.

Tali questioni ricadono sul modo stesso di concepire la prova. Possono essere considerate, in merito, due opposte concezioni della prova. Da un lato, quella positivistica, di tipo "aritmetico", dalla quale discende che, una volta dimostrato qualcosa, si considera la conoscenza come valida, utilizzabile in ogni contesto, senza limite di processi, fasi, parti diverse. Dall'altro, abbiamo una nozione dialettica, argomentativa della prova, collegata all'idea che una conoscenza giudiziale è valida solo in un determinato ambito e, perciò, solo in certe fasi, in certi processi. Qui rilevano le modalità di formazione, i soggetti che intervengono, la qualità giurisdizionale della procedura. La prova è, così, strettamente legata a particolari contesti di acquisizione e di uso. Essa acquista, dunque, una connotazione "relativistica" (47). Assumendo proprio questa seconda concezione si muove la categoria delle prove penali configurata nel nuovo codice di procedura penale entrato in vigore nel 1989, al di là delle diverse vicende che lo hanno caratterizzato.

Infine, restando alla ricerca delle analogie e delle affinità tra scienze naturali, nella ricostruzione offerta dall'epistemologia post-positivistica, ed esperienza giuridico-processuale, va evidenziato che, nel contesto del processo, la verità dei fatti è relativa perché si fonda sulle prove che giustificano il convincimento del giudice e che rappresentano la base conoscitiva sulla quale trova giustificazione il convincimento stesso che certi enunciati corrispondano alla realtà dei fatti su cui si controverte. La verità è, inoltre, limitata, nel senso

(45) PASTORE 1996, p. 102 ss.
(46) FERRAJOLI 1989, p. 11.
(47) NOBILI 1989, c. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

che può essere accertata entro i limiti consentiti dalla disciplina del processo (48).

In ogni modo, la verità costituisce una condizione affinché vi sia una decisione giusta. Questa, infatti, va fondata su un accertamento veritiero dei fatti, posto che nessuna decisione è giusta se risulta basata su fatti sbagliati o falsi (49). Va ribadito, allora, che il riconoscimento della verità, benché non rappresenti, nel processo, un valore assoluto, potendosi talora trovare posposto ad altri valori (sia processuali sia extra-processuali), e benché sia contrassegnato da vincoli connessi alla presenza di regole giuridiche, alla opinabilità e contingenza dell'oggetto, all'informazione parziale di cui si dispone, alle restrizioni che incontra l'impiego degli strumenti conoscitivi, ai limiti temporali posti dall'obbligo di decidere, partecipa della razionalità e della giustizia della decisione giudiziaria, ponendosi come elemento della sua giustificazione e come aspetto connesso alla specifica legittimazione dell'attività giurisdizionale (50).

Affermare ciò, ovviamente, non significa obliterare la divaricazione, riscontrabile nella prassi, tra normatività ed effettività delle regole del processo penale. È richiesto, invece, da parte della cultura giuridica, un impegno attuativo dei princìpi, dei criteri, delle garanzie fondamentali del sistema processuale.

4. I percorsi paralleli tra ricerca scientifica, così come ricostruita nella riflessione dell'epistemologia contemporanea, e ricerca giudiziaria, orientata ad un modello tendenzialmente accusatorio di processo penale, possono essere interpretati come frutto dello spirito del tempo. Si tratta di uno *Zeitgeist*, proprio della seconda metà del '900, che rivaluta l'uso pratico della ragione e che assume l'ideale discorsivo, in quanto ritenuto idoneo a rendere possibili scelte razionali, fondate su procedimenti argomentativi, cioè non costrette né arbitrarie. Il punto riguarda le aree interessate alla conoscenza fattuale e qui trovano applicazione quei requisiti di razionalità che definiscono la validità delle procedure e degli esiti conoscitivi, nonché le forme di controllo intersoggettivo in merito alla fonda-

(48) Taruffo 2009, p. 83 ss.
(49) Taruffo 2009, p. 118.
(50) Pastore 2005, p. 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tezza dei ragionamenti non riducibili alla dimostrazione, entro una prospettiva fallibilistica, antidogmatica, critica e dinamica della discussione pubblica.

Il confronto dialettico tra opposte ipotesi rappresenta una garanzia epistemologica ed etica della ricerca della verità (51) e comporta la valutazione e la scelta tra le diverse prospettazioni e ricostruzioni avanzate. Siamo in presenza, qui, di un modello di razionalità — operante sia nella impresa scientifica sia in sede processuale — i cui punti centrali riguardano la validità degli argomenti prodotti, la loro coerenza, l'esame comparativo della loro attendibilità, la congruenza dell'intero discorso giustificativo, la completezza della giustificazione rispetto alle decisioni. Abbiamo a che fare, in questi campi, con attività che sono manifestazioni importanti di una ragione pubblica, interessata alla conoscenza nello sfondo delle interazioni riconosciute come luogo dell'intersoggettività, nel quadro della condizione umana segnata dalla contingenza e da limiti cognitivi. Queste attività si svolgono in contesti procedurali dove la correttezza del percorso, implicante trasparenza e controllabilità, è garanzia della validità epistemica dei risultati che devono essere dotati di contenuto informativo.

Nel processo penale i criteri aventi una valenza epistemologica, e che contribuiscono a definire il metodo della ricerca, si connettono alla salvaguardia di ben precisati diritti, che trovano espressione nei princìpi sanciti, negli ordinamenti giuridici odierni, dalle Carte costituzionali. Si tratta, in primo luogo, dei diritti inerenti al discorso giudiziale e che rinviano al riconoscimento, in capo a tutti i soggetti coinvolti, dell'eguale potere di partecipare al procedimento discorsivo di fondazione dei giudizi pratici (52). Tale riconoscimento implica il rispetto della libertà di intervento dei soggetti, della loro parità, della possibilità di dire e contraddire, di interloquire e di provare. In questo senso, il contraddittorio, la cui essenza sta proprio nella pratica comunicativa enunciata dalla regola "*audi alteram partem*" (53), è lo specchio dell'identità stessa del processo.

---

(51) Giuliani 1986, p. 95.
(52) Alexy 1978: 1998, p. 152 ss.
(53) Ferrua 2005, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Riferimenti bibliografici

AGAZZI E. (2007), *Verità e conoscenza scientifica*, in *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti, M. Marsonet, Milano: Giuffrè, p. 97-105.
ALEXY R. (1998, 1978), *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano: Giuffrè (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag).
ANTISERI D. (2006), *Epistemologia post-positivistica*, in *Enciclopedia filosofica*, 4, Milano: Bompiani, p. 3496-3504.
BETTIOL G. (1950), *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Vol. IV. *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova: Cedam, p. 121-133.
BOBBIO N. (1966), *Prefazione*, in Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino: Einaudi, p. XI-XIX.
CHIAVARIO M. (2001), *Giusto processo: II) Processo penale*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Aggiornamento, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, p. 1-22.
CORDERO F. (1966), *Ideologie del processo penale*, Milano: Giuffrè.
DI DONATO F. (2008), *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano: FrancoAngeli.
FERRAJOLI L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7ª edizione 2002, Roma-Bari: Laterza.
FERRAJOLI L. (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari: Laterza.
FERRUA P. (1993), *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino: Giappichelli, p. 212-262.
FERRUA P. (2005), *Il 'giusto processo'*, Bologna: Zanichelli.
GIL F. (1990, 1986), *Prove. Attraverso la nozione di prova/dimostrazione*, Milano: Jaca Book (Lisbona: Imprensa Nacional Casa da Moeda).
GILLIES D., GIORELLO G. (1995), *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma-Bari: Laterza.
GIOSTRA G. (1986), *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del diritto*, XVII, n. 1, p. 13-50.
GIULIANI A. (1961), *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano: Giuffrè.
GIULIANI A. (1986), *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: « nuova retorica » e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, XIII, n. 2-3, p. 81-90.
GREVI V. (2000), *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di « giusto processo » penale (tra « ragionevole durata », diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Politica del diritto*, XXXI, n. 3, p. 423-450.
GUASTINI R. (1998), *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, 11, p. 185-206.
HANSON N.R. (1978, 1958), *I modelli della scoperta scientifica. Ricerca sui*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

fondamenti concettuali della scienza, Milano: Feltrinelli (Cambridge-London: Cambridge University Press).

ILLUMINATI G. (2008), *Costituzione e processo penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, p. 521-528.

KUHN T.S. (1985, 1977), *La tensione essenziale. Cambiamenti e continuità nella scienza*, Torino: Einaudi (Chicago: The University of Chicago Press).

LÉVY-BRUHL H. (1964), *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie.

NOBILI M. (1989), *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Il Foro Italiano*, V, c. 274-284.

PASTORE B. (1996), *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano: Giuffrè.

PASTORE B. (2005), *Verità e "giusto processo"*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, XIX, p. 19-33.

PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L. (1966, 1958), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino: Einaudi (Paris: Presses Universitaires de France).

POPPER K. (1970, 1934), *Logica della scoperta scientifica*, Torino: Einaudi (con data di stampa 1935, Wien: Springer).

POPPER K. (1994, 1983), *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*. I. *Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano: il Saggiatore (London and New York: Routledge).

QUINE W.V.O. (1951, 2004) *Due dogmi dell'empirismo*, ora in *Da un punto di vista logico. Saggi logico-filosofici* (1980[3]), Milano: Raffaello Cortina Editore (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

TARUFFO M. (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari: Laterza.

TOULMIN S. (1975, 1958), *Gli usi dell'argomentazione*, Torino: Rosenberg & Sellier (Cambridge: Cambridge University Press).

UBERTIS G. (1993), *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino: Giappichelli.

UBERTIS G. (2002), *Diritti fondamentali e processo penale*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzarese, Torino: Giappichelli, p. 173-188.

VILLA V. (1984), *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano: Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CLAUDIA STORTI

MAGISTRATURA E IL DIRITTO DI DIFESA NELL'ISTRUZIONE PENALE: IL DIBATTITO SUI PERIODICI GIURIDICI (1955-1965)

1. La dottrina sul ruolo della difesa nell'istruttoria del codice del 1930. — 2. Contrasti giurisprudenziali sul diritto di difesa nella « piccola riforma » del 1955. — 3. Le responsabilità della magistratura nella crisi della giustizia. — 4. La capitolazione del magistrato di Cassazione Ernesto Eula: « mirare più alla sostanza che alla forma ».

1. *La dottrina sul ruolo della difesa nell'istruttoria del codice del 1930.*

Nel 1946, il « dislivello tra la posizione dell'accusa e della difesa » nell'istruzione — uno dei principali « disagi » del processo penale — trovava, a giudizio di Francesco Carnelutti, indifferenti « noi tutti, teorici e pratici, magistrati e avvocati » (1). Tale « segno di inciviltà » perdurava una quindicina d'anni più tardi, quando nonostante l'introduzione della tutela costituzionale del diritto di difesa e le considerevoli modifiche del codice di procedura penale e dell'ordinamento giudiziario, la disparità tra accusa e difesa gli appariva non meno rilevante anche nella fase del dibattimento. Tutto il sistema del processo penale necessitava di interventi radicali, tra i quali l'innalzamento della preparazione tecnica e morale dei difensori, un tema sul quale il giurista continuerà ad insistere negli anni a venire (2).

Il « dislivello » denunciato dal Carnelutti nel 1946 aveva avuto precipuo riguardo alla fase istruttoria del « grande ammalato » della

(1) Carnelutti 1946c, p. 23-27.
(2) Carnelutti 1947, p. 79; Id. 1957, p. 26-27, 42-43; Id. 1961, p. 955-956.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

legislazione italiana (3), il processo penale, appunto, nel quale l'ideologia fascista aveva introdotto il principio della subordinazione dei diritti individuali alla funzione repressiva dello Stato e ridimensionato il principio della presunzione di innocenza, quali corollari della « pretesa punitiva dello Stato ».

In realtà fin dal 1942, nell'opinione di Giuliano Vassalli, l'espressione « pretesa punitiva dello Stato » non significava altro che l'« interesse dello Stato all'accertamento e all'attuazione di una volontà della legge » e si realizzava esclusivamente nella funzione del pubblico ministero di « mettere in movimento il meccanismo del processo ». In quest'ottica, a causa del rischio dell'errore, per così dire fisiologico del processo penale — un processo « *senza parti, senza lite, senza pretesa* » —, allo Stato conveniva preferire di « mettere in conto l'eventualità di un'assoluzione ingiusta rispetto a quella di una condanna ingiusta ». Occorreva, pertanto, riconoscere con il diritto di difesa la possibilità di assicurare « l'acquisizione al processo di elementi di giudizio difficilmente acquisibili direttamente dall'organo giurisdizionale » e « che possono riuscire preziosi per l'accertamento della verità », fin dal momento in cui, in fasi diverse a seconda della natura del procedimento istruttorio adottato, si fosse formalmente costituito un vero e proprio rapporto giuridico processuale (4).

La voce del Vassalli non era isolata e già nel 1943 si profilò nel *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale* di Pietro Nuvolone, il tema che avrebbe costituito per i successivi decenni il nodo centrale del dibattito sull'istruzione nel processo penale: quello, per dirla con le parole di Giovanni Conso, della concomitanza di due « schemi istruttori » differenti, sommario e formale, che lo stesso giurista, nel 1960, stigmatizzerà come un'anomalia del sistema processuale italiano, « una formula processuale inaccettabile già in partenza » (5): un'opinione che lo vide in aperto contrasto con l'autorevole opinione del Foschini (6).

Nello scritto del 1943, Pietro Nuvolone, agli inizi della carriera

---

(3) Carnelutti 1961, p. 950.
(4) Vassalli 1942, p. 289.
(5) Conso 1960, p. 361.
(6) Foschini 1961, p. 104 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

universitaria, contestò la qualificazione « amministrativa » dell'istruzione sommaria, consolidata in dottrina e nella giurisprudenza (7). Con il sostenere che l'istruzione non era un procedimento preparatorio del giudizio, bensì giudizio esso stesso, egli riteneva che, in quanto fasi inscindibili di un medesimo procedimento, istruzione e giudizio costituissero atti di giurisdizione (8).

Il carattere giurisdizionale era assicurato all'istruzione sommaria dalla funzione del pubblico ministero, quantomeno dal momento in cui quest'ultimo avesse agito « nell'esercizio di quei poteri che si suol definire come caratteristici di giurisdizione col porre in essere atti con caratteristica di *bilateralità* », quali l'ordine di cattura, di comparizione o di accompagnamento che trasformavano la persona dell'investigato in « soggetto titolare di diritti » e, in particolare, del diritto alla « garanzia giurisdizionale » (9). In tal modo, secondo il Nuvolone, si colmava la lacuna del codice del 1930, che aveva omesso di definire il momento della costituzione del rapporto giuridico processuale nell'istruzione sommaria, mentre l'art. 372 lo regolava espressamente con riguardo all'istruzione formale.

La lacuna del codice del 1930 in merito alla fissazione del termine conclusivo dell'istruzione sommaria rappresentò per la scienza processualistica uno dei pochi punti deboli della normativa del 1930. In attesa di significative riforme, tale aspetto avrebbe potuto offrire occasione ai più sottili strumenti dell'interpretazione per tentare una prima scalata al monolitico edificio inquisitorio.

Un primo appiglio fu intravisto fin dal 1944, mentre perdurava lo stato di guerra, nella *novella* 194 del 10 agosto che, con un primo allentamento delle strettissime maglie del codice Rocco e tramite il recupero dal codice del 1913 dell'istituto della scarcerazione automatica per decorso dei termini dell'istruzione formale, sembrò al Nuvolone offrire l'opportunità di aprire qualche spazio ai difensori anche per attenuare l'assolutezza dei poteri dei pubblici ministeri nell'istruzione sommaria.

In una nota a sentenza, egli ricorse alla teoria generale del diritto e si spinse a sostenere che il diritto di difesa dell'imputato costituiva

(7) NUVOLONE 1943, p. 36-39.
(8) *Ivi*, p. 43-44.
(9) *Ivi*, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

un fine « essenziale, d'*ordine pubblico*, della norma processuale » (10) e che il diritto « obiettivo » di difendersi e di ottenere la libertà era insito nella « logica del sistema », alla quale il giudice avrebbe potuto attingere in determinate condizioni per tutelare l'interesse di libertà anche qualora la concessione della libertà non fosse stata « prevista da una norma specifica ». Tale ragionamento procedeva dai presupposti, fissati nello scritto del 1943, dove l'istruttoria civile era stata nettamente distinta da quella penale e definita come « impropria », in quanto tendente esclusivamente all'accertamento della necessità o meno di uno « sviluppo ulteriore del processo ». In tale prospettiva, il diritto di difesa era identificabile con il « diritto alla garanzia giurisdizionale » (11). La presenza del giudice istruttore, che qualificava in senso pienamente « giurisdizionale » il procedimento formale, insieme con la — invero 'presunta' — « logica » del sistema, lo inducevano a sostenere l'esistenza di un diritto soggettivo dell'imputato ad ottenere quel massimo della tutela garantita dall'ordinamento giuridico, che in quel momento era rappresentata, appunto, dall'istruzione formale (12).

Tale concezione del diritto di difesa appare al giurista d'oggi paradossale: la garanzia della sua attuazione era affidata, tramite la conversione dell'istruzione sommaria in quella formale, ad un procedimento — o, per adottare le precisazioni di Nuvolone, ad una fase del giudizio — di natura inquisitoria e privo di qualsiasi intervento della difesa tecnica. Quella 'costruzione' era comunque troppo ardita per i tempi e il Carnelutti gli rinfacciò immediatamente che, allo stato della legislazione e del complessivo sistema normativo, non si poteva ascrivere alcuna responsabilità al pubblico ministero che non avesse riconosciuto il diritto dell'accusato di ottenere la conversione in formale di un'istruzione sommaria protrattasi oltre il termine di quaranta giorni previsti dal codice. Una responsabilità avrebbe potuto semmai configurarsi soltanto in relazione alla protrazione oltre i termini di provvedimenti limitativi della libertà personale (13).

---

(10) Nuvolone 1945-46, p. 147.
(11) Nuvolone 1943, p. 2-3, 43.
(12) Storti 2010, p. 140.
(13) Carnelutti 1946b, p. 144-145.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

2. *Contrasti giurisprudenziali sul diritto di difesa nella « piccola riforma » del 1955.*

Di lì a poco, gli articoli della Costituzione sull'inviolabilità della libertà personale (art. 13) e sull'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio (art. 24) cominciarono ad offrire ai giuristi della prima Italia repubblicana nuove vie per la riqualificazione del diritto di difesa, soprattutto dopo la cosiddetta « piccola riforma » del 18 giugno 1955 n. 517 (14), che agli occhi di alcuni introdusse, invece, mutamenti « imponenti » sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo (15).

Per limitarsi agli aspetti più direttamente concernenti il nostro tema di riflessione, in ottemperanza all'art. 24 della Costituzione, tale legge fu ispirata alla necessità di « offrire ulteriori garanzie alla difesa e alle parti » (16) e recepì, a questo scopo, alcuni istituti del codice del 1913 che avevano introdotto nell'istruzione alcuni elementi di carattere accusatorio. Come è ben noto, nel 1913 l'inversione in senso accusatorio del processo penale era stata identificata, oltre che nell'ampiezza del controllo giurisdizionale affidato al giudice istruttore sugli atti del pubblico ministero, da un lato, nell'introduzione del contraddittorio in fase istruttoria per il compimento di specifici incidenti probatori e, dall'altro, nell'assegnare all'istruzione sommaria del pubblico ministero il ruolo di procedimento ordinario. Nell'intenzione del legislatore, tale novità avrebbe conferito al processo penale un carattere eminentemente accusatorio pur tutelando l'interesse generale alla punizione dei veri colpevoli. La brevità dei termini assegnati al pubblico ministero per condurre le indagini preliminari necessarie per verificare, in presenza di prove facilmente accertabili, la verosimiglianza dell'accusa, accelerava l'inizio del dibattimento nel quale le prove sarebbero state formate con le garanzie del diritto di difesa, della pubblicità, dell'oralità e del contradditorio (17).

La legge del 1955 si limitò ad innestare alcuni elementi del

---

(14) *Riforma* 1963, p. 583; *Breve commento* 1963, p. 755-758.
(15) Conso 1960, p. 362.
(16) *Relazione alla Camera* 1955, p. 25 ss.
(17) Miletti 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

codice del 1913 nella struttura di quello del 1930. Oltre a reintrodurre la categoria delle nullità assolute (art. 185), riprodusse sia la norma che imponeva il deposito in cancelleria entro cinque giorni del verbale dell'interrogatorio dell'accusato che, sempre nell'intenzione del legislatore, avrebbe dovuto sopperire all'esclusione dell'assistenza del difensore durante l'interrogatorio (art. 304-*quater*), sia quella che ammetteva la difesa agli esperimenti giudiziali, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni (art. 304-*bis*, con particolari provvedimenti relativi alle perquisizioni domiciliari nel 304-*ter*) (18). La riforma, infine, fece salva la facoltà del difensore di presentare istanze in merito a tutti gli atti indicati, cui corrispondeva l'obbligo del giudice di provvedere immediatamente con ordinanza (art. 305). La legge non recepì, invece, l'art. 279 del codice del 1913 che prevedeva l'intervento del giudice istruttore anche nell'istruzione sommaria per le ricognizioni, gli esperimenti, le perizie, le perquisizioni domiciliari e gli esami dei testi a futura memoria.

Con il ritorno — seppur parziale — al codice del 1913, furono riaperte le vie del dibattito ai concetti di accusatorio ed inquisitorio, che avevano connotato la formazione di quel codice tanto da catalizzare per alcuni decenni, come rileva Renzo Orlandi (in questo volume), le riflessioni sul diritto di difesa, mentre, nonostante i tentativi di dissuasione dei Carnelutti e dei Leone (19), ricominciavano a circolare le suggestioni esercitate dal modello anglosassone (20).

In aggiunta, a causa delle ambiguità o delle carenze della stessa legge del 1955, dovute forse al tentativo di mediare tra le istanze alla conservazione della struttura processuale del 1930 e le tensioni innescate dai nuovi principi costituzionali sul diritto di difesa, i giudici furono chiamati, a detta di alcuni (21), all'esercizio di una vera e propria funzione suppletiva, che mise immediatamente in luce l'esistenza di anime diverse della magistratura.

Da parte di coloro che sostenevano, come già i liberali ai tempi

---

(18) *Relazione alla Camera* 1955, p. 51.
(19) Leone 1964, p. 8.
(20) Guarnieri 1947, p. 305-311; Guida 1962, p. 200.
(21) Eula 1965a, p. 218; Pioletti 1966, p. 743-744.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

della preparazione del codice del 1913 (22), che la difesa concorreva — in pari misura con il pubblico ministero e la sua precipua funzione punitiva — alla realizzazione dei fini del processo penale, furono sollevati in Cassazione, in nome dello « spirito propulsivo ed animatore » della ricerca della verità che la difesa tecnica avrebbe potuto svolgere nel processo, numerosi ricorsi che pretendevano l'estensione all'istruzione sommaria dei meccanismi di carattere « accusatorio » espressamente previsti dalla legge del 1955 soltanto con riguardo a quella formale.

Gli inizi furono rassicuranti per tale orientamento. In contrasto con quanto deciso dalla corte di appello, la terza sezione della Corte di cassazione ritenne, nel marzo del 1957, che la mancanza del deposito dell'interrogatorio dell'imputato e del relativo avviso al difensore (art. 304-*quater*) costituissero motivi di nullità di ordine generale anche nell'istruzione sommaria. Non era dubbio, secondo la Corte, che, dal punto di vista sistematico, la discrezionalità accordata al giudice dall'art. 392 del codice in merito all'applicabilità all'istruzione sommaria delle norme che regolavano quella formale, avrebbe dovuto essere esercitata con il tener conto della diversa struttura dei due procedimenti. Tale valutazione appariva, però, irrilevante nel momento in cui, come nel caso dell'art. 304-*quater*, entravano in gioco interessi di rilevanza ancor maggiore, quali quelli della valida acquisizione delle prove e della tutela dei diritti processuali delle parti, tra i quali, in particolare, i diritti difensivi dell'imputato. Il principio della speditezza delle indagini doveva ritenersi subordinato a tali aspetti: la « semplicità » dell'istruzione sommaria non poteva escludere l'interesse « vitale » della difesa a controllare tempestivamente l'efficacia probatoria degli atti compiuti dal pubblico ministero, sia a favore del cliente, sia al fine generale di « attribuire evidenza di prova agli elementi raccolti », tanto più che, dal punto di vista pratico, deposito e avviso non comportavano un eccessivo dispendio di tempo.

Solo due mesi più tardi, la seconda sezione si pronunciò per la tesi opposta in una decisione esemplare per lucidità argomentativa nello 'smontare' tutte le argomentazioni « in senso evolutivo » rica-

(22) CARFORA 1901, p. 106.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

vabili dalla legge del 1955, dall'art. 4 delle relative disposizioni di attuazione (D. P. 25 ottobre 1955 n. 932), nonché dallo stesso codice del 1930. Come rilevò la Corte, la questione coinvolgeva i principi fondamentali del processo penale e induceva ad affrontare il conflitto tra due esigenze differenti — speditezza della procedura nell'accertamento della verità e diritto « imprescindibile della difesa » — e, tuttavia, non in contrasto tra loro, come ogni giudice, ispirato ad un criterio « di sano realismo », avrebbe dovuto sempre tenere presente.

La diversità strutturale dei due tipi di istruzione impediva l'estensione della protezione del diritto di difesa prevista per quella formale a quella sommaria. Il legislatore del 1955, a differenza di quello del 1913, non l'aveva espressamente previsto e la « fondamentale riserva » della compatibilità (*ex* art. 391 c.p.p. 1930) sottostante all'art. 392 impediva l'estensione all'istruzione sommaria di regole che avrebbero alterato « le caratteristiche di semplicità che la contraddistinguono ». Semmai, come gli stessi giudici ammettevano, tale obiezione avrebbe avuto maggior forza con riguardo all'istruzione sommaria compiuta dal pretore, che, secondo un principio comunemente ammesso, non era vincolata ai caratteri di non complessità e di brevità imposti per l'istruzione del pubblico ministero, ma, a questo proposito, la soluzione restrittiva era suggerita dalla minore gravità dei reati di sua competenza.

Quanto alla magistratura di merito, le posizioni appaiono altrettanto variegate. La corte d'appello di Roma sostenne, ad esempio, che, nemmeno nell'istruzione formale, la violazione dell'art. 304 quater commessa dal giudice istruttore con l'omettere il deposito in cancelleria dei verbali di interrogatorio dell'imputato avrebbe potuto essere considerata come lesiva del diritto all'effettiva assistenza del difensore nel corso dell'istruttoria e, pertanto, causa di nullità assoluta ed insanabile. L'effettiva violazione dei « presupposti processuali » del diritto di difesa si sarebbe verificata soltanto in seguito a violazione dell'art. 372 del codice di rito che prescriveva il deposito degli atti al termine dell'istruzione formale (23).

L'anno successivo la corte d'assise d'appello di Roma, con le

(23) Roma, App. 1957; Catania, Pretura 1957.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

conclusioni conformi del pubblico ministero, adottò l'orientamento esattamente opposto e giustificò l'adesione all'orientamento della terza sezione della Cassazione con i « precedenti storici » della legge del 1955, con l'assenza di contrasto tra tale soluzione e la disciplina dell'istruzione sommaria e, infine, con le « finalità dell'innovazione ». Nemmeno il codice del 1930 avrebbe disatteso il principio sottostante al codice del 1913 che l'istruzione tendeva alla « raccolta ed alla valutazione degli elementi di accusa e di difesa ». Le innovazioni previste dalla legge del 1955, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione, prescrivevano termini molto brevi per l'espletamento delle formalità di deposito del verbale d'interrogatorio dell'imputato e per le relative istanze dei difensori e non erano pertanto incompatibili con i caratteri del rito sommario. L'istruzione formale e quella sommaria, inoltre, non differivano tra loro per la natura (identica) degli atti che prevedevano, ma esclusivamente per la loro « struttura » — giurisdizionale la prima, accusatoria la seconda —. Questo consentiva di sostenere che non sarebbe stato giustificabile, in assenza di espressa previsione legislativa, « un diverso regolamento delle modalità di esercizio del diritto di difesa » (24).

L'« autorevole adesione, perspicuamente motivata, all'importante ed ammirata decisione 14 marzo 1957 del Supremo Collegio » — così recitava la nota redazionale alla sentenza della corte d'appello d'assise romana (25) — non fu sufficiente ad imprimere nella giurisprudenza un orientamento decisivo, quantunque il 27 gennaio 1958, su ricorso del pubblico ministero contro la decisione del tribunale di Modica che, per inosservanza dell'art. 304-*ter* (avviso al difensore della disposizione di perizie), aveva dichiarato la nullità del decreto di citazione a giudizio, la prima sezione della corte di cassazione avesse insistito sulla tutela del diritto di difesa e giudicato « più conforme a giustizia », oltre che « più aderente al dettato legislativo », l'estensione all'istruzione sommaria degli art. 304-*bis* ss..

Nelle motivazioni della prima sezione, questo valeva soprattutto con riguardo all'istituto della perizia, cui la legge del 1955 aveva dedicato un massiccio perfezionamento, e alla concessione alle parti

(24) Roma, Ass. App. 1957.
(25) *Giust. Pen.*, LXII (1957), p. III, coll. 597-600.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

private, secondo il nuovo art. 323, della facoltà di nominare, anche nell'istruzione sommaria, quei consulenti tecnici, che la dottrina definiva come « difensori dell'imputato nel campo tecnico scientifico ». Il loro ruolo era fondamentale non solo ai fini della prova del reato, ma anche ai fini della determinazione dell'imputabilità. Si doveva aggiungere che le formalità relative alla perizia erano spedite e non alteravano i caratteri di semplicità dell'istruttoria e che, diversamente, lo scopo della riforma del 1955 sarebbe stato completamente disatteso, dato che la maggioranza dei procedimenti era istruito con rito sommario.

Le conclusioni della sentenza erano incisive con riguardo agli artt. 304-*bis* e -*ter*: « Nessuna ragione logico-giuridica potrebbe giustificare una diversa disciplina del medesimo atto istruttorio secondo che sia compiuto per iniziativa del giudice istruttore o del PM e tanto meno una minore garanzia processuale quando l'istruzione, anziché essere espletata dal giudice, è compiuta dal PM che, quanto alle perizie, nella prassi invalsa, *da cui non si può prescindere*, procede anche in casi complicati e gravi ».

Omettendo, invece, di pronunciarsi sull'estensibilità al rito sommario dell'art. 304-*quater* (26), la Corte aveva adottato, come riporta la nota a sentenza della quale non è perspicuo l'autore (forse lo stesso presidente Lattanzi, forse Giovanni Leone), un'apprezzabile « soluzione intermedia », del tutto compatibile con i principii del codice del 1930, e dimostrato un giusto equilibrio tra le esigenze della difesa e quelle dell'istruzione sommaria. Trattandosi di perizia, il pubblico ministero, che l'aveva disposta senza richiedere al giudice istruttore di avviare l'istruzione formale, aveva violato l'ultimo capoverso dell'art. 391 c.p.p. e, pertanto, i diritti della difesa (27).

S'intende bene quanto puntuali e precise avrebbero dovuto essere le motivazioni delle Sezioni unite che, chiamate a pronunciarsi « sull'intero e delicato problema » della compatibilità con l'istruzione sommaria delle garanzie difensive previste dagli artt. 304-*bis* e seguenti della legge del 1955 per dirimere il contrasto tra le decisioni delle diverse sezioni, fossero state mosse dall'intento di smentire, oltre alla pronuncia appena citata con riguardo alla perizia, l'orien-

(26) Cass. Sez. I, 1958, p. 258.
(27) G.L. 1958, p. 260-261.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tamento di quella parte dei giudici di cassazione che era favorevole al riconoscimento del diritto di difesa anche nell'istruzione sommaria.

Solo cinque mesi più tardi, sotto la presidenza di Ernesto Eula, le Sezioni unite esclusero tale compatibilità e sostennero che, qualunque fosse stata l'intenzione del legislatore del 1955, la « mens legis, obiettivata dalla norma e vivente di vita propria » escludeva che il diritto di difesa potesse trovare esplicazione nell'istruzione sommaria che differiva da quella formale per natura, fine, organi, casi, struttura e conclusione (28).

I motivi della decisione richiamavano i principi ispiratori del codice Rocco. Destinata al semplice e rapido controllo « di una prova già evidente » e caratterizzata dal « potere di supremazia » del pubblico ministero sull'imputato, l'istruzione sommaria era stata regolata da quel codice con caratteri di eccezionalità. La sua natura accusatoria rinviava al dibattimento l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato. In essa mancava, pertanto, qualsiasi presupposto affinché vi fosse realizzato il contraddittorio e la relativa costituzione del rapporto giuridico processuale tra giudice, pubblico ministero e imputato (29). Come le Sezioni unite ebbero, inoltre, a ribadire in un altro caso nello stesso giorno, tale sistema « esclusivamente » accusatorio doveva essere tenuto ben distinto, come aveva insegnato il Manzini (30), da quello « giurisdizionale » dell'istruzione formale (31).

Tali temi furono ripresi dalla prima sezione l'anno successivo. La presenza del giudice nell'istruzione formale, non diversamente da quanto aveva sostenuto il Nuvolone nella nota di quindici anni prima, « tocca il diritto pieno della difesa » e dà vita, con il rapporto giuridico processuale, al contraddittorio e al diritto al suo pieno esercizio a differenza che nell'istruzione sommaria nella quale l'interesse della difesa non c'è e non è tutelato (32).

---

(28) Cass., Sez. un. 1958, p. 682.
(29) *Ivi*, p. 679.
(30) MANZINI 1946, p. 149.
(31) Cass., Sez. un., 1958, p. 739.
(32) Cass., Sez. I, 1959; PALAZZO 1960, p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

3. *Le responsabilità della magistratura nella crisi della giustizia.*

Soluzioni di questo genere confermano, se fosse ancora necessario, la tenuta dell'indirizzo tecnico giuridico nonostante la scossa provocata dai nuovi principi costituzionali dell'Italia repubblicana (33). Forse non a caso l'anno successivo il periodico *Giustizia penale* pubblicò un brevissimo intervento sulla necessità di affrancare il diritto processuale penale dai metodi dogmatici di una « mera interpretazione del dato normativo » (34). Anche l'utilizzabilità delle discipline « ancillari », dalle quali, fin dalle sue origini, la scuola tecnico-giuridica aveva nettamente inteso prendere distanza, ritornò alla ribalta in quel periodo soprattutto nelle pagine della *Scuola Positiva* (35).

Nei fatti, in seguito al successo dell'orientamento restrittivo, all'istruzione formale continuò a spettare la funzione, per così dire, di baluardo difensivo per la persona accusata che, innocente o con un grado di colpevolezza inferiore rispetto all'accusa, fosse incappata nelle maglie della giustizia.

D'altro canto, la diffidenza nei confronti dell'istruzione sommaria era alimentata anche dall'ambiguità della posizione del pubblico ministero. La riforma della magistratura del 1946 (l. 511 del 31 maggio) non l'aveva completamente sottratto al potere di controllo del ministro di giustizia: a quest'ultimo continuava a spettare nei confronti del pubblico ministero l'insindacabile potere di trasferimento che fu eliminato soltanto con la riforma del Consiglio Superiore della Magistratura (l. 19, 24 marzo 1958).

Anche a causa delle incertezze sull'interpretazione del dettato costituzionale, nemmeno questo dissolse i sospetti verso il pubblico ministero che molti continuavano a considerare come organo del potere esecutivo. A dissipare tale diffidenza non era stata sufficiente la fiducia del Carnelutti. Lo studioso udinese non solo aveva considerato un « buon segno », nella riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941, l'abbandono della definizione di pubblico ministero come rappresentante del potere esecutivo in cambio di quella se-

(33) Lacchè 2010, p. 300-303.
(34) Pellingra 1960, p. 317-320.
(35) *L'avvenire* 1962, p. 386.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

condo la quale il pubblico ministero esercita le funzioni attribuitegli dalla legge « sotto la direzione del ministero di grazia e giustizia » (36), ma aveva anche sostenuto, dopo la riforma del 1946, l. 511 (37), che il pubblico ministero offriva « secondo il nostro ordinamento e più secondo la nostra prassi » garanzie contro il pericolo che i processi penali fossero avviati « senza una grande cautela » (38).

Le conseguenze della legge del 1958 sul ruolo del pubblico ministero non furono univoche nell'opinione degli interpreti. Secondo Conso, per effetto di tale riforma, egli era stato parificato « completamente » ai magistrati giudicanti, tanto da apparire, almeno in Italia, del tutto privo di qualsiasi giustificazione « il senso di sfiducia verso l'organo procedente, che, in modo più o meno inconsapevole, sempre si infiltra negli orientamenti contrari all'istruzione sommaria » (39). Confermando l'orientamento anteriore, Carnelutti affermò, altresì, che « incontestabilmente » nell'ordinamento italiano il pubblico ministero rivestiva « la qualità di organo giudiziario » quantunque fosse « soggetto » dell'azione penale e ne costituisse una parte in senso formale (40).

Altri, invece, continuavano a vedere nel pubblico ministero soprattutto il « portatore dell'interesse del Governo » e chiedevano che gli fosse sottratto quel controllo sull'attività della polizia che avrebbe dovuto competere, invece, al giudice (41).

Altri, infine, denunciavano l'anomalia della duplice funzione del pubblico ministero che « sovvertiva » il rapporto parte — giudice (giudice quando preparava il materiale probatorio, parte, allorché se ne serviva nel processo) come preludio ad un nuovo sistema processuale « nel quale sia rigorosamente osservato il paradigma azione — decisione » (42).

---

(36) Carnelutti 1946a, p. 160.

(37) Miletti 2010, *passim* in part. p. 326.

(38) Carnelutti 1948, p. 170-171.

(39) Conso 1960, p. 371.

(40) Carnelutti 1961, p. 952.

(41) Levanti 1961a, p. 211-215; Levanti 1961b, p. 500-507; De Luca 1961, p. 1042-1043; Santoro 1962, p. 386-388; Massa 1963, p. 735.

(42) Cordero 1963, p. 718.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Lo schema di riforma complessiva del processo penale presentato dalla Commissione ministeriale presieduta da Francesco Carnelutti (43) trovò buona adesione nelle conclusioni dell'XI Congresso dell'Associazione Nazionale dei Magistrati del 1963.

Le responsabilità della magistratura per la « crisi della giustizia » furono affrontate in quell'occasione, oltre che con riguardo alla lunghezza dei processi e ai tanti problemi organizzativi e di preparazione professionale, anche in merito al mancato rispetto « per giurisprudenza costante » dei diritti della difesa sia nell'istruzione sommaria sia in quella formale (44). Riecheggiando le proposte del 1960 di Conso, che aveva giudicato il dualismo dell'istruttoria come inaccettabile ed escluso che la considerazione dell'istruttoria formale come tutela più efficace del diritto di difesa avesse ormai qualche motivo di fondamento (45), l'Associazione proponeva di abolire l'istruzione formale e di affidare l'inchiesta preliminare esclusivamente al pubblico ministero quale organo giudiziario che, in aggiunta, avrebbe dovuto essere completamente sottratto al controllo del potere esecutivo (46).

4. *La capitolazione del magistrato di Cassazione Ernesto Eula: « mirare più alla sostanza che alla forma ».*

La conclusione del dibattito sul ruolo della difesa nell'istruzione sommaria, come noto, fu rappresentato dalla decisa inversione di rotta impressa dalla Consulta nel 1965 sul ricorso « per la decisione sulla legittimità costituzionale delle norme di cui all'art. 392 in relazione agli artt. 304-*bis* -*ter* e -*quater* del Codice di procedura penale, rispetto all'art. 24 della Costituzione », dopo aver udito per la difesa gli avvocati Giovanni Conso e Giacomo Delitala, che, per contro, richiesero, invece, una dichiarazione di illegittimità parziale degli artt. 304-*bis*, -*ter* e -*quater* in quanto non applicabili all'istruzione sommaria (sentenza n. 11/1965).

La Corte rifiutò di pronunciare l'incostituzionalità di quelle

---

(43) Vassalli 2010, p. 9-11; Mazza 2010, p. 153-166.
(44) *Breve commento* 1963, p. 754.
(45) Conso 1960, p. 371.
(46) *Breve commento* 1963, p. 756-757.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

norme considerando che la Corte di Cassazione « non » aveva dato di quegli articoli l'interpretazione « più esatta ». La Consulta rigettò, infatti, tutti gli argomenti interpretativi adottati dalle Sezioni unite a fondamento dell'interpretazione restrittiva. Escluse la volontà del legislatore del 1955 di limitare l'applicabilità degli artt. 304-*bis* -*ter* e -*quater* all'istruzione formale. Respinse l'argomento dell'eccezionalità dell'istruzione sommaria e rilevò — non diversamente dalla dottrina (47) — che nei fatti proprio quella era la forma di istruzione più frequentemente utilizzata non soltanto quando la prova poteva dirsi « evidente », ma anche per i reati più gravi e quando era in gioco la difficile valutazione del grado di responsabilità del reo. Sostenne, inoltre, che i due riti non avevano diversa finalità, in quanto erano entrambi accomunati dal fine della ricerca della verità. I principi dell'economia processuale — si aggiungeva — non dominavano soltanto l'istruzione sommaria, ma tutto il processo. Infine, l'istruzione sommaria, al pari di quella formale, aveva lo scopo di preparare il giudizio ed era proprio in questa fase preparatoria che si manifestava l'esigenza di garanzie difensive. L'interpretazione « esatta » della legge del 1955 consisteva dunque nell'estensione all'istruzione sommaria dei diritti di difesa esercitabili in quella formale (48).

Ad Ernesto Eula, che aveva presieduto la Cassazione nella decisione contestata, toccò allora difendere le posizioni della magistratura più intransigente e riavviare il dibattito, che *de iure condito* si era concluso con una sconfitta per la corte di legittimità. Il suo contrasto con la decisione della Consulta è evidente: ribadì che la legge del 1955 aveva regolato solo l'istruzione formale e deferito al giudice, nella sua posizione « superiore ed equidistante » dal Pubblico Ministero e dai difensori, il compito di stabilire se e in quali ipotesi « dare maggiore ingresso » alla difesa e al pubblico ministero. Per effetto di tale « delega », la magistratura era stata libera di decidere in merito all'accesso della difesa all'istruzione sommaria ed era stata del tutto legittima la sua decisione in merito all'esclusione (49).

---

(47) Foschini 1961, p. 107.
(48) Vassalli 2010, p. 21.
(49) Eula 1965a, p. 219.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Il richiamo al principio dell'economia processuale era stato ritenuto sufficiente nel 1958 per motivare l'esclusione dei diritti della difesa. Sette anni più tardi, due mesi dopo la pronuncia della Consulta, il Presidente Saragat denunciò nel discorso del 23 aprile come presidente del Consiglio Superiore della Magistratura i « disagi dell'opinione pubblica » non meno che le ristrettezze di risorse e organizzazione nelle quali i giudici erano costretti ad operare. Dopo questo ulteriore intervento, nemmeno l'autorevolessimo ormai ex Presidente di Cassazione osò trascurare le « istanze popolari » e la sfiducia dell'opinione pubblica di fronte a processi clamorosi e a « pretesi scandali a catena », né poté sottrarsi di offrire la propria risposta alla conseguente richiesta di una giustizia certa e rapida, ma nel contempo più uguale e più giusta, come, nell'immaginario collettivo avrebbe potuto essere realizzata soltanto con maggiori garanzie difensive e una maggior parità tra accusa e difesa (50). Del resto, come si è avuto occasione di rilevare più sopra, proprio all'orientamento restrittivo dei diritti della difesa nell'istruzione sommaria era stata imputata una delle cause della crisi della giustizia e della sfiducia nei magistrati.

Nel rivedere sotto questa nuova luce le posizioni assunte anni prima, le proposte dell'alto magistrato per la riforma del processo penale insistettero ancora sulla necessità del contemperamento tra le esigenze di tutela della società, da un lato, che nella persistente convinzione di molti giudici rischiavano di essere indebolite da un'eccessiva indulgenza nei confronti dell'accesso della difesa nella fase istruttoria, e, dall'altro, quelle che lo stesso Eula riconobbe essere le prerogative fondamentali della personalità dell'imputato. Le proposte meramente tecniche formulate a caldo, subito dopo la condanna per 'inesattezza' dell'interpretazione decretata dalla Consulta — abrogazione dell'istruzione sommaria e conservazione di quella formale e della procedura direttissima, nella convinzione dell'insanabilità del contrasto tra gli interessi dell'accusa e quelli della difesa (51) — furono pertanto completate con numerose e ampie considerazioni sulla necessità della semplificazione delle procedure e dell'umanizzazione della giustizia, per una « comunicazio-

(50) EULA 1965b, p. 799-802.
(51) EULA 1965a, p. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ne più diretta e viva con le parti in contesa e con la realtà dei loro diritti e conflitti ».

Anche per questa parte della magistratura, si profilava ormai con chiarezza come la figura del giudice e il modello del processo tracciati dalla scuola tecnico — giuridica e consolidati dal codice del 1930, avessero fatto il loro tempo e come la giustizia dovesse adeguarsi ai nuovi caratteri della società in uno Stato repubblicano e democratico: « mirare più alla sostanza che alla forma, tendere, anche nella intricata via del processo, alla meta ultima della verità, della umana giustizia. Questi, sembrami, sono i requisiti della giustizia e del processo, ai quali aspira con naturale generale impulso, il popolo. Un magistero moderatore, regolatore, che, intervenendo e operando, con tempestività e alto ugualitario spirito, nella disciplina giudiziale dei rapporti umani, trovi quelle espressioni di armonia, di proporzione, di eticità in cui sta la funzione vera ed immanente del diritto — *ars boni et aequi* —; nel cammino della civiltà » (52).

Riferimenti bibliografici

Breve commento al Congresso Magistrati (1963), in *Sc. Pos.*, LXX, p. 753-758.

Carfora F. (1901-1904), voce *Interrogatorio*, in *Il Digesto Italiano*, XIII, II, Torino, p. 105-132.

Carnelutti F. (s.d. ma 1946a), *Lezioni sul processo penale*, I, Roma: Edizioni dell'Ateneo

Carnelutti F. (1946b), *Durata della detenzione preventiva e diritto dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, I, p. 137-145.

Carnelutti F. (1946c), *Fondazioni della riforma penale*, in *Massimario penale* e in Id., *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi, 1950, p. 23-27.

Carnelutti F. (1947), *Il problema del difensore penale*, in *Massimario penale* e in Id., *Questioni sul processo penale*, cit., p. 79-83.

Carnelutti F. (1948), *Cenni sull'imputazione penale,* in *Riv. dir. proc.* I e in Id., *Questioni sul processo penale*, cit., p. 163-171.

Carnelutti F. (1950), *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi.

Carnelutti F. (1957), Le *miserie del processo penale*, Torino: Edizione Radio italiana.

(52) Eula 1965b, p. 802.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CARNELUTTI F. (1961), *Pubblico ministero, giudice unico, giudice laico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. IV, p. 949-958.
CAVALLARI V. (1961), *Notificazione all'imputato all'estero e sanatoria di nullità processuali*, in *Sc. Pos.*, LXVIII, p. 345-350.
CONSO G. (1960), *Ambiguità e anomalie dell'istruttoria formale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. III, p. 361-377.
CORDERO F. (1961), *Nullità per inosservanza del termine e bisogno di tutela giuridica*, in *Sc. Pos.*, LXVIII, p. 547-555.
CORDERO F. (1963), *La riforma dell'istruzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. VI, p. 714-725.
DE LUCA G. (1961), *Il Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati a Palermo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. IV, p. 1042-1043.
EULA E. (1965a), *I diritti della difesa nel processo penale*, in *Riv. pen.*, XC, p. 217-220.
EULA E. (1965b), *Problemi della giustizia e dell'ordinamento giudiziario*, in *Riv. pen.*, XC, p. 797-810.
FOSCHINI G. (1961), *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, *L'istruzione*, Milano: Giuffrè.
GARLATI L. (a cura di) (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.
GUARNIERI G. (1947), *Puro processo di parti*, in *Giust. pen.*, LII, p. III, coll. 305-311.
GUIDA M. (1962), *Il pubblico ministero osserva*, in *Giust. pen.*, LXII, p. I, coll. 194-217.
L.G. (1958), *Diritto del difensore ad assistere alla perizia disposta dal P. M.*, in *Giust. pen.*, LXIII, p. III, coll. 258-262.
LACCHÈ L. (2010), *Gli anni della 'Costituzione provvisoria*, in GARLATI 2010, p. 271-304.
L'avvenire della giustizia penale e la preparazione dei giudici (1962), in *Sc. Pos.*, LXXIX, p. 386.
LEONE G. (1964), *I punti centrali della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. VII, p. 3-9.
LEVANTI S. (1961a), *Magistratura, Pubblico Ministero e Processo Penale*, in *Giust. pen.*, LXI, p. I, coll. 211-215.
LEVANTI S. (1961b), *L'istruzione unica del processo penale*, in *Giust. pen.*, LXI, p. III, coll. 500-507.
MANZINI V. (1946), *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV², Torino: UTET.
MASSA C. (1963), *Aspetti della riforma del processo penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s. VI, p. 726-752.
MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in GARLATI 2010, p. 153-166.
MILETTI M. (2003), *Un processo per la terza Italia: il Codice di procedura penale del 1913*, Milano: Giuffrè.
MILETTI M. (2010), *Premessa storica a Opinioni a confronto. Il principio di*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive, in *Criminalia*, p. 304-327.
MILETTI M. (2010), *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in GARLATI 2010, p. 57-107.
NUVOLONE P. (1943), C*ontributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Milano: Vita e Pensiero 1943, ripubblicato a Padova: Cedam, 1969, con *Introduzione di aggiornamento.*
NUVOLONE P. (1945-46), *Diritti e interessi dell'imputato nel processo penale*, in *Giust. pen.*, III, col. 147.
PALAZZO D. (1960), *Ancora sull'applicabilità nella istruzione sommaria degli articoli 304-bis ter,-quater e 305 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, LXXIV, coll. 92-97.
PELLINGRA B. (1960), *Prolegomeni alla teoria generale del processo penale*, in *Giust. pen.*, LXIV, fasc. spec. 12-*bis* coll. 317-320.
PIOLETTI U. (1966), *L'istruzione e il dibattimento (spunti per un congresso sulla riforma del codice di procedura penale*, in *Riv. pen.* XCI, p. I, p. 743-751.
Relazione alla Camera dei Deputati dell'on. De Pietro, Ministro di Grazia e Giustizia (1955), in *Lex*, LXXXI, p. II, *Relazioni parlamentari e istruzioni ministeriali*, p. 25 ss.
Riforma del processo penale? (1963), in *Sc. Pos.*, LXX, p. 582-584.
SABATINI G. (1947), *Diritto processuale e diritto pubblico*, in *Giust. pen.*, LII, p. III, coll. 178-180.
SANTORO A. (1962), *Giustizia ed ordinamento giudiziario*, in *Sc. Pos.*, LXXIX, p. 386-388.
SANTORO A. (1963), *Aspetti e rimedi della crisi giudiziaria*, in *Sc. Pos.*, LXX, p. 758.
STORTI C. (2010), *L'acuta tesi della difesa. Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria*, in GARLATI 2010, p. 111-151 e in *Studi in onore di Mario Pisani* (2010), vol. III, a cura di G. Bellantoni e D. Vigoni, Trieste: UMG, p. 773-1008.
VASSALLI G. (1942), *La potestà punitiva*, Torino: UTET.
VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI 2010, p. 9-22.

Giurisprudenza citata

Corte Costituzionale, 19 febbraio 1965 n. 11
Corte d'Appello di Roma, 6 dicembre 1956, in *Riv. pen.*, LXXXII(1956), p. II, p. 376-378
Corte d'assise d'Appello di Roma, 12 dicembre 1957, in *Giust. pen.*, LXIII(1958), p. III, coll. 203-207
Corte di cassazione, Sez. I, 16 febbraio 1959, Pres. Macaluso, Rel. Peluso, P. M. Aromatisi (concl. conf.), Ric. Mariani, in *Giust. pen.*, LXIV(1960) p. III, coll. 91-97
Corte di cassazione, Sez. I, 27 gennaio 1958, Pres. Lattanzi, Rel. Tiberti, P.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

M. Marucci (concl. diff.), in *Giust. pen.*, LXIII(1958), p. III, coll. 256-261
Corte di cassazione, Sez. II 31 maggio 1957, Pres. Vista, Rel. Piacenza, P. M. Mattioli (concl. conf.), Ric. P. M. c. Degli Innocenti e Sottani, in *Giust. pen.*, LXII(1957), p. III, coll. 453-456 e in *Giur. It.*, CX(1958), coll. 165-170
Corte di cassazione, Sez. III, 14 marzo 1957, Pres. Ricciardelli, Rel. Frisoli, P. M. Marucci (concl. parz. diff.), Ric. Pierantoni, in *Giust. pen.*, LXII(1957), p. III, coll. 597-600
Corte di cassazione, Sez. Unite, 17 maggio 1958, Pres. Eula, Rel. Gatta, P. M. Faccini (concl. conf.), in *Giust. pen.*, LXIII(1958), p. III, coll. 737-739
Corte di cassazione, Sez. Unite, 17 maggio 1958, Pres. Eula, Rel. Peluso, P. M. Faccini (concl. conf.), in *Giust. pen.*, LXIII(1958), p. III, coll. 676-683
Pretura Catania, 4 maggio 1957, in *Giur. It.*, CX(1958), coll. 304-312

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

FLORIANA COLAO

PROCESSO PENALE E GARANZIE DAL « LIMBO » ALLA « NOVELLA » DEL 1955 (1)

1. Politica e giustizia. I giuristi tra « nuovi codici » e « defascistizzazione ». — 2. Gli « organi di giurisdizione ». — 3. « I diritti dell'imputato ». — 4. L'« oggetto del processo ». — 5. La « convalescenza ».

1. *Politica e giustizia. I giuristi tra « nuovi codici » e « defascistizzazione ».*

« Si marcia ancora sui binari di una politicizzazione della giustizia, che riflette preoccupazioni di parte ». Relatore della Commissione giustizia alla Consulta nazionale, Bettiol criticava i dispositivi processuali delle sanzioni contro il fascismo, nella convinzione che le garanzie nel processo della democrazia dovessero passare per la fine dei processi celebrati all'Italia fascista e per l'invenzione della tradizione di un processo liberale, che nella separazione tra giustizia e politica avesse il suo cuore vitale (2). Perfino l'avvocato Mario Berlinguer — commissario aggiunto per i delitti fascisti — asseriva che la « legge eccezionale » era condizione per il « ripristino di una sostanziale giustizia », « al di sopra delle vicende e dei contrasti politici » (3). Sul tema nevralgico *Rivista Penale* ospitava scritti di Bettiol, Delitala ed *Eresie giuridiche* del Carrara (4); Remo Pannain poneva il celebre passo del giurista toscano a cardine della « demo-

(1) Si presentano, con riferimenti bibliografici essenziali, spunti di discussione per un più ampio lavoro: *L'unico codice della Repubblica. Il processo penale dalla caduta del fascismo ai giorni nostri.*

(2) *Lavori della Consulta*, p. 235.

(3) Berlinguer 1944, p. 47.

(4) Cfr. la sezione *Dottrina* 1946, p. 291.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

crazia », « sempre e dovunque quando la politica entra dalla porta del tempio la giustizia fugge impaurita dalla finestra » (5); Sabatini asseriva « l'« organo che voglia applicare la norma giuridica in dipendenza di principi politici viene meno alla sua funzione costituzionale » (6). Maturava in questo ideario l'art. 25 — debitore di Leone, relatore del Progetto sulla disciplina costituzionale della magistratura, dello stesso Bettiol, della processual penalistica protagonista della « novella » del 1955 — « nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge... principio dal valore attuale, dopo le dolorose esperienze fatte in tanti anni » (7).

Questi canoni del liberalismo giuridico si saldavano con il tema forte della « continuità dello Stato » (8), che impediva un codice *nuovo* grazie alla *depoliticizzazione* di quello del 1930, *scientifico*, segnato dalla « forza imponente della scienza » sulle ragioni di una qualunque « forza politica » (9), dalla « resistenza della scienza a qualsiasi infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale » (10). La critica mossa all'« indirizzo tecnico-giuridico di risolvere il diritto col diritto, trascurando l'elemento politico », era rovesciata in difesa della « Scuola », del « diritto » vocato a « dominar la politica » (11).

Nel 1946 Carnelutti poneva il tema di una « Rivoluzione italiana » e dei « decreti legislativi » 14 Settembre 1944, 8 dicembre 1944, 5 ottobre 1945, cui ascriveva il merito di « riforme di un certo rilievo » al codice, che. « per quanto frutto di una elaborazione accurata », non era « all'altezza di una vera civiltà », né per la « direttiva spirituale, né per la struttura tecnica » (12). Già nel « limbo » (13) il legislatore intendeva tutelare la libertà personale, col sottoporre il fermo di polizia e le perquisizioni al controllo giudiziario e con l'osservanza delle disposizioni garantita da provvedi-

(5) Pannain 1945, p. 235.
(6) Sabatini 1946, p. 5.
(7) *Assemblea Costituente* 1947, p. 80.
(8) Lacchè 2010, p. 300.
(9) Pannain 1944, p. 28.
(10) Leone 1945, p. 28; Leone 1945b, p. 277.
(11) Delogu 1945, p. 195.
(12) Carnelutti 1949, p. 40.
(13) Calamandrei 2003, p. 42

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

menti disciplinari, e col concedere il ricorso in Cassazione contro le decisioni in materia di esecuzione delle misure di sicurezza. Si abolivano i limiti temporali all'intervento dell'avvocato in dibattimento, con « libertà di discussione e di replica »; si restringevano « temporaneamente » i casi di arresto, mandato di cattura e custodia preventiva. Si negava al P. M. ed al Pretore l'archiviazione, reputata strumento chiave del controllo del governo sul processo; il « concorso con la funzione giurisdizionale » pareva impedire « arbitri » (14).

Per Calamandrei — che nel 1947 avrebbe lamentato il « poco coraggio o accortezza dei legislatori di sconfessare la vecchia legalità e crearne una nuova » (15) — questa « disinfezione provvisoria » aveva già « soppresso o riformato istituti che sotto il fascismo avevano funzionato come strumenti di inquisizione poliziesca ». Affermare « prima la Costituzione, prima la democrazia poi i codici » dava al « pensiero giuridico » tempo per garantire la « continuità tra il passato e l'avvenire » (16), con la scienza vocata a « restaurare le nostre cattedrali di concetti... ripigliamo il discorso come se l'avessimo lasciato ieri. Heri dicebamus. Heri dicebamus. Ma possiamo veramente ripigliare così, come se nulla fosse accaduto...? » (17).

Le memorabili pagine di Mario Sbriccoli sulle responsabilità dei penalisti sotto il fascismo ricordavano chi, « pur nella presenza di qualche discussione cifrata, manteneva accesa una piccolissima fiammella di penale civile » (18). Con questa *moralità* tra il Natale 1942 e l'agosto 1943 Bettiol pareva scrivere *Diritto Penale,* ponendo il tema dell'« interpretare liberisticamente e democraticamente un complesso legislativo che pure pretendeva d'essere espressione di una concezione totalitaria dello Stato », del « salvare una tradizione di cui l'Italia era andata sempre orgogliosa particolarmente nei momenti nei quali sembrava che una buia cortina di caligine fosse

(14) Bernieri 1945, p. 564.
(15) Calamandrei 1947, p. 966.
(16) Calamandrei 2003, p. 45.
(17) Calamandrei 1965, p. 564.
(18) Sbriccoli 2009, p. 1034.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

venuta a coprire anche le poche luci che agonizzavano. Ma per fortuna da noi la tradizione non si era spezzata del tutto ».

Nella consapevolezza della polarità tra garanzie e difesa sociale Bettiol affidava la defascistizzazione del codice alla « interpretazione », guidata dalla « libertà individuale di fronte a pretese esigenze collettive » (19). Questo lo scenario che vedeva cadere l'annunzio della pubblicazione di « nuovi codici » in « continuità con le tradizioni giuridiche del popolo italiano » e la proposta del ritorno al rito del 1913 con l'« impegno di aggiornarlo » (20). Nel 1945 Togliatti affidava la « formazione di un nuovo codice » ad una Commissione ministeriale, che concludeva il lavoro cinque anni dopo, proponendo « modificazioni ispirate ai principii della rinnovata democrazia » (21).

2. *Gli « organi di giurisdizione ».*

« Non si comprende il processo penale moderno se non si parte dalla premessa della divisione dei poteri » (22), per Leone alla Costituente « materia non di ordinamento giudiziario, ma di garanzia costituzionale, che bisogna conferire al cittadino » (23). Per il legislatore più che il processo il « principio autoritario » pareva improntare l'ordinamento giudiziario, bisognoso di « riforme urgenti » (24). Alti magistrati, pur legati al regime caduto, si muovevano tra strategie di continuità istituzionale e adesione al nuovo ordine politico, col volere la « procedura penale intimamente connessa al funzionamento pratico degli organi di giurisdizione ».

In nome di un ordine liberale che pure, dalle lacune dello Statuto albertino al controllo esercitato sulla magistratura dal governo fascista, aveva mostrato le contraddizioni dello Stato nazionale, la « magistratura indipendente » dalla politica era indicata come la condizione per assicurare ai « diritti individuali sicura e diretta tutela », « strumento di lotta contro l'arbitrio », terreno d'elezione

(19) Bettiol 1945, p. XVIII.
(20) Pannain 1945, p. 5.
(21) Guarneri 1950, p. 453.
(22) Bettiol 1950, p. 129.
(23) Leone 1964, p. 33.
(24) *Defascistizzazione e riforma dei codici* 1946, p. 247.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

della democrazia, « non è la magistratura a dover essere misurata sul metro della politica, ma viceversa. Occorre domandare a ogni sedicente Stato democratico quali giudici abbia istituito » (25).

Da qui l'urgenza di assicurare al PM — « organo di giustizia », chiamato a garantire la « oggettiva applicazione della legge » e la « pretesa punitiva mediante l'esercizio dell'azione penale » — l'« indipendenza negata dall'art. 69 del R.D. 30 Gennaio 1941 ». Non si doveva tanto innovare il codice quanto recidere il legame tra PM ed esecutivo, nel passato « solo prepotente potere » (26). Nella consapevolezza del peso delle « prime indagini » nell'intero processo si poneva il tema della dipendenza della polizia giudiziaria dalla magistratura, e di una ripartizione di compiti con la pubblica sicurezza; la duplicazione degli uffici appariva legata alla distinzione tra istruzione formale e sommaria, « poco utile », occasione di « interferenze, complicazioni, lungaggini, ripetizioni degli atti » (27).

Le « esigenze democratiche di una giustizia popolare » erano al centro del confronto sulla Corte d'assise, riformata con la sostituzione degli assessori con « giudici popolari » di fede antifascista (28). Riprendendo nel 1945 temi affrontati dieci anni prima, Carnelutti proponeva che nei « grandi delitti » fosse consentito ai « giurati il potere di giudicare discrezionalmente quando l'applicazione della legge non risponda alla loro coscienza ». Intendeva superare la tradizionale divisione tra fatto e diritto e rovesciare il rapporto tra giurati e togati, coll'assegnare ai primi la pronunzia, pur non vincolante, sulla colpevolezza dell'imputato, ferma restando la « distanza invalicabile tra giustizia e certezza, come tra l'uomo e il fantoccio » (29).

L'« incandescente clima politico » di quella stagione e gli « elementi di fredda ragione giuridica » (30) segnavano il destino dell'istituto; l'idea della debolezza *costituzionale* del modello italiano (31) era

(25) Peronaci 1946, p. 10.
(26) Rubbiani 1945, p. 155; Casati 1945, p. 52.
(27) Bernieri, 1945, p. 546; Pannain 1945, p. 52.
(28) *Lavori della Consulta* p. 234.
(29) Carnelutti 1945, p. 64.
(30) Rubbiani 1945, p. 155.
(31) Lacchè 2008, p. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

riproposta da Leone, che forzava il pensiero di Carrara sul « vizio della giuria », « la giustizia criminale trasformata in lotteria se si tolgono le bilance dalla mano della giustizia e si sostituiscono con le urne » (32). In questo orizzonte restava senza esito il Dlgs 31 Maggio 1946, inteso al « ritorno alla giuria prima della legislazione fascista » (33). Il legislatore affidava il processo a togati voluti soprattutto indipendenti dal governo; sorretta dalla rinata ANM (34), la « legge delle guarentigie », varata da Togliatti nel 1946, tra i punti salienti prevedeva il CSM e riformulava il ruolo del PM, « esercita sotto la vigilanza » — non più la « direzione » — « del ministro le funzioni che la legge gli attribuisce ». Alla Costituente Leone avrebbe richiamato queste logiche, nel legare al processo le parole d'ordine « indipendenza del giudice, indipendenza della Magistratura o, meglio, del potere giudiziario, unità della giurisdizione » (35).

3. *« I diritti dell'imputato »*

« Eliminare tutte le espressioni dell'autoritarismo fascista per i quali i diritti individuali non trovano una sicura e diretta tutela, ma sono tutelati soltanto in funzione di pretesi preminenti diritti dello Stato » non pareva imporre una « modificazione della disciplina generale dell'imputato... principale soggetto del processo penale » (36). La giurisprudenza non teneva inoltre conto delle recenti « liberali disposizioni »; nel 1946 la Cassazione negava il « diritto » a chiedere la trasformazione dell'istruttoria ed alla « scarcerazione », distinguendo tra diritto privato — con la simmetria tra obbligo di una parte e diritto dell'altra — e rito penale, d'« ordine pubblico », per cui all'imputato non si riconosceva il diritto ma una più limitata facoltà di istanza per denunziare l'eventuale ritardo nell'istruzione.

Nella nota a sentenza Nuvolone tematizzava il senso dei « diritti dell'imputato », sia nel diritto privato che in quello pubblico, e, *de iure condendo*, auspicava l'unificazione delle due forme di istruzione.

---

(32) Leone 1964, p. 13.
(33) *Lavori della Consulta*, p. 235.
(34) Battaglini 1967, p. 911.
(35) Leone 1964, p. 13.
(36) Bernieri 1945, p. 564.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Asseriva che il « concetto formale » di diritto soggettivo non mutava « col mutare del contenuto delle norme », e che la tutela dell'imputato era fine « essenziale, d'ordine pubblico della norma processuale... l'imputato è il naturale portatore di un interesse di libertà ». Da qui il « diritto soggettivo alla liberazione », subordinato ad una « gianniniana » discrezionalità del giudice, chiamato a bilanciare tra accertamento processuale della verità e interesse personale alla libertà, « diritto soggettivo » (37). Carnelutti replicava escludendo questo principio, pur ammettendo la responsabilità civile del PM nel protrarre oltre i termini la carcerazione preventiva per il ritardo nella chiusura dell'istruzione sommaria (38).

L'« elenco sistematico dei diritti e doveri dei cittadini » incrociava il processo nei lavori della Costituente, con Moro relatore sulla « inviolabilità dagli arresti, diritto di essere giudicato dai giudici naturali, diritto ad esser punito secondo una legge preventiva e con pene legali, diritto ad una libera ed efficace difesa processuale e presunzione di innocenza fino alla condanna ». La « libertà del cittadino » esigeva una « forma di garanzia della libertà individuale »; quella « personale » era al centro del confronto, sfociato nell'art. 27. La formula « l'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva » — debitrice di Basso, La Pira e Dossetti — veniva apprezzata da Moro, che sottolineava l'« arbitrio » nel considerare « l'imputato o arrestato o detenuto in senso negativo per la società ». Leone asseriva che il « principio d'innocenza » aveva « natura romantica » e che quello di « non colpevolezza » era calzante alle « esigenze concrete », coerente con la « carcerazione preventiva », da disporre in « limiti di assoluta necessità », con la regola *in dubio pro reo* e l'esclusione dal sistema probatorio di presunzioni a carico dell'imputato. Si voleva evitare l'« arbitrio, sia pure illuminato dal senso di giustizia degli organi di polizia o del magistrato, che un cittadino, fino a che non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa veder ristretta la sua libertà personale ». Appariva legata a questa garanzia la formulazione dell'art. 24, anche se alla proposta di Basso e La Pira su « la difesa processuale è

(37) NUVOLONE 1946, p. 146.
(38) CARNELUTTI 1946, p. 137.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

garantita a tutti », si preferiva il « diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento » (39).

Nel 1947 Leone presentava al Congresso Nazionale giuridico forense uno schema di riforma, definito nel 1990 « architrave » delle « posizioni » scientifiche e parlamentari a venire; il centro dei diritti dell'imputato era riposto nella difesa nell'istruzione, ad iniziare dalla comunicazione sollecita dell'azione penale. A garanzia della libertà personale si prevedevano termini perentori alla durata della carcerazione preventiva e facoltà di impugnare i provvedimenti limitativi. Con la « partecipazione alla raccolta delle prove » si introduceva il tema della « partecipazione di soggetti privati », che il codice pareva aver avuto in « antipatia per esasperazione del principio di autorità ». Tra le « innovazioni dei principali istituti » risaltava la proposta di estendere l'istruzione formale « per tutti i processi » (40).

4. *L'« oggetto del processo ».*

« L'ordinamento giuridico processuale penale è rimasto sempre identico nelle sue linee fondamentali, nella sua funzione, nella sua ragion d'essere ». Le *Istituzioni* di Manzini disegnavano un senso del processo impermeabile alla politica, « la difesa sociale giuridicamente garantita » (41). Da qui la polarità tra « oggetto del processo » e « diritti dell'imputato », chiara a Nuvolone, che già nel 1946 stigmatizzava il « dogma statualista », con uno sguardo sui modelli processuali, l'« eclettico agnosticismo dei codici Rocco », la nascente « influenza anglosassone », lontana dal « legalismo », la « concezione russa », col diritto « strumento di lotta per l'affermazione di un ideale politico, di partito o di classe ». Per Nuvolone i « confini rigidi del diritto positivo » non offrivano « al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato » (42).

A Manzini, ancora critico della presunzione di innocenza, « idea goffamente paradossale e irrazionale », non pensabile « tecnicamen-

---

(39) *Assemblea Costituente* 1947, p. 407.
(40) Leone 1990, p. 11-52.
(41) Manzini 1954, p. 5.
(42) Nuvolone 1946, p. 263.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

te » (43), Bettiol rispondeva che essa era l'« idea forza » del rito, secondo « l'enunciazione nella nuova costituzione ». L'« enigma del processo penale », vocato alla « ricerca della verità e attuazione della giustizia », stava nel « conciliare l'imparzialità dell'organo che giudica » col « diritto soggettivo di punire dello Stato ». Bettiol evocava « accusatorio » e « processo penale democratico » per descrivere un modello per il quale « ogni attività processuale è diretta alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo ». Non prospettava però la fuoriuscita da una legalità di cui l'« atmosfera politica antiliberale » non pareva aver « deformato lo spirito tradizionale », ma « intaccato alcuni singoli istituti in modo da non tutelare rigorosamente la libertà individuale ». Su quei « singoli istituti » doveva intervenire la « riforma, secondo un criterio di libertà penale » (44).

In una tensione più complessa del « garantismo inquisitorio » (45), la *Prolusione* di Leone del 1948, forte di citazioni del Carrara, poneva il tema di « tradurre in norme legislative le garanzie costituzionali di libertà e democrazia », in vista di un « futuro processo liberale ». Dei due ideal-tipi inquisitorio e accusatorio il secondo appariva improponibile per la « funzione altissima ed insostituibile del PM nella società moderna »; qualche aspetto poteva però ispirare un « orientamento democratico », « interrogazione diretta di parti, testimoni e periti, maggiormente idonea alla ricerca della verità materiale »; oralità, « estesa ad improntare il rapporto tra istruzione e dibattimento »; diritto di difesa fin nella « istruzione attuale tutta ispirata al sistema inquisitorio »; « custodia preventiva, che risponde a talune innegabili esigenze, configurata in limiti molto angusti, che rispettino la sostanziale istanza di libertà dell'imputato »; più accurata « indagine sulla personalità dell'imputato »; « garanzie giurisdizionali » da estendersi al « cosiddetto processo di prevenzione ».

Era lontana dalle logiche della « giustizia negoziata » (46) la maggior « efficienza delle parti », prospettata da Leone per un rito identificato nel « rapporto giuridico di tradizione liberale »; il lega-

(43) Manzini 1947, p. 201.
(44) Bettiol 1950, p. 126.
(45) Amodio 2003, p. 116.
(46) Ferrua 1997, p. 133.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

me con la Costituzione risiedeva nel « rispettare al massimo la libertà individuale », lasciando intatta la « funzione pubblica del processo penale che non può essere né sfaldata né diminuita », indicatore « della civiltà di un popolo, specie nei momenti costruttivi nella storia di un Paese » (47).

La fuoriuscita dall'impianto del codice non pareva insomma pensabile, se non nel segno della « riduzione » delle logiche inquisitorie; Guarneri riconosceva alle « leggi emanate alla spicciolata » dal 1944 il merito di aver ampliato il diritto di difesa, « accorciando le distanze con la pubblica accusa »; chiedeva di accentuare di più la « struttura accusatoria », pena il « vino nuovo in botti vecchie » (48). Berlinguer auspicava l'impegno riformatore degli « studiosi » per affidare le « libertà democratiche » alla « autonomia e indipendenza del potere giudiziario, salvaguardia dei diritti dell'uomo nell'applicazione delle leggi, uguaglianza processuale, obbligatorietà dell'azione penale » (49). Battaglia ricordava la responsabilità civile del magistrato per indebite restrizioni della libertà personale (50); criticando prassi di polizia e stili giudiziari, durata dei processi, « confessioni, e i metodi per ottenerle », Vassalli poneva il tema della « liceità » degli strumenti per l'« accertamento della verità » (51).

« Posto il codice penale vigente... la riforma ha dovuto limitarsi all'indispensabile, rinviando al futuro e ad altri il compito di una radicale riforma, qualora se ne profili la necessità ». Il progetto di Leone per una « impostazione più liberale del processo » — per Satta « fatto apposta per legalizzare ed esaltare l'evasione dal giudizio » (52), base del disegno di legge presentato nel 1952 dai deputati e processual penalisti Leone, Riccio, Bellavista — voleva « sgombrare il campo da ogni preoccupazione politica in senso storico, intesa cioè come reazione al fascismo » (53).

Leone si affidava all'argomento principe del tecnicismo, elemen-

(47) LEONE 1964, p. 43.
(48) GUARNERI 1950, p. 453.
(49) BERLINGUER 1949, p. 314.
(50) BATTAGLIA 1949, p. 617.
(51) VASSALLI 1950, p. 2.
(52) SATTA 1994, p. 80.
(53) LEONE 1964, p. 149.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

to costitutivo di una scienza che, alla ricerca di autonomia sul piano scientifico ed accademico, non puntava tanto su riforme dal segno politico quanto su « fatiche dogmatiche » (54). Indicava dunque una « più nuova idonea sintesi tra l'indefettibile carattere pubblicistico del processo penale ed il riconoscimento degli interessi e dei diritti dei privati (intendendo per privati non solo l'imputato, bensì l'offeso e il danneggiato dal reato) ». La tutela dei diritti individuali nello « Stato democratico » passava per l'introdurre garanzie nell'istruttoria, entro l'ordito del codice, già nel 1945 definito « tradizionale complesso di principi giuridico-penali di assodata origine liberale » (55). L'accusatorio pareva incompatibile col profilo « pubblicistico » del processo, con la « pretesa punitiva dello Stato », di cui si poteva « moderare la forza », col rafforzare i « diritti della difesa », fermo restando che le « garanzie nel processo penale » erano « garanzie per la giustizia, garanzie cioè convergenti nell'apprestamento di un complesso di norme atte ad assicurare la decisione giusta » (56).

Forte dell'ideario di questi anni, « coordinare il codice con la Costituzione » era al centro del disegno di legge presentato alla Camera nel Novembre 1952 da Adone Zoli. La *Relazione* insisteva sull'« andare incontro a talune aspirazioni fatte palesi dal movimento dell'opinione pubblica e determinate da una rinnovata attenzione alla vita giudiziaria ». Alla ricerca di una « collettività consenziente » si voleva « ridurre al minimo i casi di limitazione della libertà personale », col sottoporre fermi, perquisizioni, arresti alla « garanzia giurisdizionale ». Il mandato di cattura era previsto in caso di « indizi sufficienti », fatto salvo l'arresto « obbligatorio per il delinquente abituale, professionale e per tendenza »; la carcerazione preventiva era limitata alla « necessità di interrompere reati di un certo rilievo », « subito dopo commessi », tenuto conto della « gravità delle imputazioni ». L'intervento del difensore in diversi atti istruttori, pena nullità, appariva in « consonanza delle esigenze processuali con la coscienza sociale »; l'impugnabilità in Cassazione

(54) BELLAVISTA 1952, p. 173.
(55) LEONE 1945, p. 23.
(56) LEONE 1964, p. 163.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dei provvedimenti limitativi della libertà personale realizzava il « collegamento con la Costituzione » (57).

5. *La « convalescenza ».*

Tra la primavera e l'autunno 1953 professori, magistrati e avvocati riuniti a Bellagio e Milano parlavano al legislatore, in vista dell'« urgente necessità di raggiungere tre obbiettivi... armonizzare le norme del rito penale con le norme e i principi consacrati nella Costituzione... instaurare un processo penale rapido, snello ed efficace strumento di giustizia... adeguare il codice di procedura penale ai progressi della scienza del diritto processuale penale » (58).

Padre Gemelli, Musatti e Nuvolone si confrontavano sulla personalità dell'imputato e sulla perizia, mettendo a fuoco un « oggetto del processo » vocato alla « imputazione », con l'« accertamento » da garantire con « piene garanzie giurisdizionali », per la « ricerca della verità ». Sul terreno della « struttura » del rito Carnelutti poneva il tema del valore delle prove raccolte in istruttoria, stigmatizzando un processo « plasmato nove volte su dieci in sede di indagine di polizia giudiziaria », con le « sommarie informazioni piaga di questa fase »; asseriva che il « favor libertatis » coincideva con quello « veritatis » e che si dovevano evitare « rapporti e verbali sotto gli occhi del giudice nella fase del dibattimento ».

Basso rispondeva con la difficoltà di cambiare un « costume », Vassalli coll'argomento che il « magistrato (e con lui accusa e difesa) dovevano poter vedere e vagliare le prime fonti della notizia di reato ». Pisapia affermava che nell'impossibilità di una « radicale riforma di struttura », bisognava contentarsi di « iniezioni di libertà ad un codice che, soprattutto per quanto concerne la fase istruttoria è decisamente inquisitorio, e come tale, antidemocratico ». Nel tempo della democrazia rafforzare i diritti della difesa e moderare quelli del PM avrebbe dato legittimazione politica alla stessa « pretesa punitiva dello Stato ».

Carnelutti insisteva con la « grossa eresia »: o « un processo di parti o un processo senza parti », o l'« esperimento dell'accusatorio,

---

(57) *Modifiche* 1953, p. 406.

(58) BATTAGLINI 1954, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

(pericoloso perché siamo troppo intelligenti in Italia) » o « l'inquisitorio ». Conso rispondeva che l'accusatorio avrebbe mutato « volto al nostro processo »; entro il modello « misto », che pareva comune a tutti i paesi, Pisapia auspicava una « tendenza » verso l'« accusatorio, tipico dei regimi democratici », col *favor libertatis* in tema di mandato di cattura, custodia preventiva, scarcerazione automatica.

Si fotografava la realtà di una « vita giudiziaria vissuta che giustificherebbe il colpo di spugna... unica si vorrebbe l'istruzione e unico l'organo chiamato a compierla ». E dunque, oltre agli « urgenti ritocchi », si raccomandavano al legislatore « coraggio e soluzioni radicali » per un « sistema superato, contrario alla sollecitudine colla quale è *dovuta* l'amministrazione della giustizia ». Proprio Carnelutti metteva però in guardia da una « istruzione a tipo accusatorio » con un argomento decisivo: la « collaborazione di ambo le parti all'istruzione implica in ciascuna di esse una devozione al pubblico interesse, che non si può ritenere ancora matura nella presente fase della cultura giuridica italiana ».

Il Convegno non proponeva al legislatore quell'alternativa alla legalità codicistica che pure era stata evocata; l'ordine del giorno Dall'Ora — « il Convegno si pronunci anche nel senso di informare il processo penale al sistema accusatorio » — era respinto. Si votava « venga soppressa la distinzione tra istruzione formale e istruzione sommaria... al PM vengano attribuiti compiti puramente inquirenti e al GI riservate tutte le pronunce ... che incidono sui diritti di libertà ... sia garantita la parità di diritti tra difesa e PM nell'istruzione » (59).

Il « pamphlet » di Battaglia, rivolto nel 1954 ai « cittadini », si apriva con la consapevolezza che, di fronte ad « problema di libertà », poco potevano « misurate riforme e sapienti aggiornamenti »; l'« intero paese » doveva prendere coscienza dei « pericoli che minacciano non meno che il colpevole l'innocente ». Il « codice del 1931 » appariva, con le parole di Rocco, « il più fascista », « estremo grado di corrompimento del sistema misto », di cui Battaglia ricostruiva il ruolo nella giustizia nazionale dalla metà dell'Ottocento. Se i Carrara e i Lucchini preferivano davvero « cento colpevoli in

(59) *Atti* 1954, p. 51-333.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

libertà piuttosto che un innocente in carcere », l'« oggi » mostrava una realtà diversa, « funzionari di polizia, istruttori, cittadini benpensanti », che chiedevano « più protezione allo Stato », vizio « all'origine del processo misto ». Le garanzie della « riforma veramente liberale » del 1944 « cominciavano a funzionare soltanto dopo tre anni di custodia preventiva »; la prassi processuale pareva « violare i diritti di libertà » e « alimentare le speranze di impunità dei cittadini peggiori » (60).

Dall'aprile 1953 l'« affare Montesi » colpiva l'opinione pubblica con una vicenda giudiziaria destinata a segnare la credibilità dei dispositivi processuali della giovane Repubblica, oltre che di parlamentari, giudici, forze di pubblica sicurezza (61). Di fronte al corto circuito tra cronaca, politica e giustizia, messo in carico alla « democrazia », Carnelutti invitava a « rimeditare » il cardine dell'accusatorio, « la pubblicità », della « funzione come della struttura... in un momento in cui le idee sono piuttosto confuse e i sentimenti alquanto eccitati intorno ai cosiddetti diritti fondamentali... è un dovere della scienza dissipare questa superstizione » (62).

La Convenzione del 1950, il solenne appello del papa per le « garanzie giuridiche » (63), l'Inchiesta parlamentare sugli « abusi della polizia giudiziaria » (64), i toni sui « diritti dell'uomo sacrificati », i voti per un « ampio ritocco in senso liberale e democratico » del codice innervavano il disegno di legge che il guardasigilli De Pietro presentava alla Camera nel 1954, forte, a suo dire, dei progetti Leone, Zoli, del « Congresso di Bellagio ».

Il dibattito parlamentare vedeva Berlinguer auspicare una « riforma integrale nello spirito delle Costituzione »; Leone, relatore in Commissione, sostenere l'« impostazione novellistica », una « riforma parziale ». Il pur lodevole « allargare il campo » sembrava far correre il rischio di non trovare un « accordo, anche per ragioni politiche », col risultato di veder « inutilizzato tutto il lavoro ». Si riproponeva la polarità tra il « garantire che un imputato sia assicu-

(60) Battaglia 1954.
(61) R. P. 1954, p. 407.
(62) Carnelutti 1955, p. 11.
(63) S. S. Pio XII 1953, p. 421.
(64) De Marsico 1954, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rato alla giustizia » e che « sia dichiarato innocente fino a condanna definitiva », tra la « libertà personale, esigenza prevalente » per Berlinguer, e l'« interesse della legge », di cui De Pietro intendeva offrire una « più liberale concezione », mediando tra la difesa sociale, che stava a cuore a De Marsico, e quel che pareva un « largheggiare » dei progetti Leone e Zoli. Alla costante ricerca del *favor libertatis*, dettata dalla professione di avvocato di « lunga esperienza giudiziaria », De Pietro rispondeva alla ripetuta diagnosi del processo « grande malato » affermando che « dalla malattia alla guarigione c'è la convalescenza » (65).

Un lungo scritto di Bellavista poneva più di un rilievo; nel metodo lamentava che del dibattito non fossero stati investiti i « corpi accademici, giudiziarii e forensi », ma le « Camere, con tutto il rispetto per gli illustri personaggi (quanto pochi) tecnici che in esse siedono, votano gli articoli e la legge secondo gli orientamenti contingenti di partito ». Nel merito i disegni di legge Leone e Zoli apparivano ben più in sintonia con la Costituzione, vocata alla fondazione di un « processo democratico », mentre il progetto De Pietro lasciava invariata l'autorizzazione ministeriale per reati commessi dalle forze dell'ordine, non accoglieva l'« avviso di procedimento », previsto dal progetto Leone, escludeva il difensore dall'interrogatorio, non unificava l'istruzione. Il progetto, sordo alle « voci nuove », pareva aver seguito « un codice vecchio di 43 anni, quello Finocchiaro Aprile », « vantaggio avanti la codificazione processuale fascista, ma il progresso certo non c'è »; d'altro canto i profili più apprezzati erano i « felici ritorni al sistema del 1913 », « la restaurata categoria delle nullità assolute », il pur parziale « contraddittorio ».

Per Bellavista De Pietro si era proposto « con molta paura di avere coraggio », ma l'« adeguare il codice alla Costituzione, tra le più liberali e progressiste del mondo », implicava una scelta « ampia e profonda », un « andar più oltre », che investiva anche la cultura processual penalista. In un recupero della dimensione « post-illuministica » del processo il docente opponeva Pagano e Beccaria a Manzini, « che opina non essere l'ordinamento processuale penale

(65) D'Aniello 1955, p. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

frutto delle meditazioni dei filosofi... è vero proprio il contrario » (66).

Sbocco normativo del dibattito del decennio, conferma di garanzie nate nel « limbo », poi depoliticizzate nel discorso tecnico, la Legge 18 Giugno 1955 — che, innovando la tradizione, entrava in vigore il 15 luglio, « subito » (67) — poneva al centro i diritti dell'imputato, in primo luogo quello di difesa, nel segno della giurisdizionalizzazione. Destinata dal 1960 ad interpretazioni segnate dall'attesa di una « completa riforma di struttura » (68), quella « grande riforma » (69) non pareva un momento dell'« inadempimento costituzionale » (70), quanto nella costruzione del modello iscritto nell'ideologia di quel decennio, l'invenzione della tradizione liberale. Tra i punti salienti mutava l'istruttoria, ammettendo la difesa ad una parte consistente delle attività; sottoponeva la polizia giudiziaria alla magistratura tramite convalida degli atti; riduceva i casi di obbligatorietà del mandato di cattura e disponeva l'obbligo di tradurre immediatamente l'arrestato nelle carceri giudiziarie per l'interrrogatorio del magistrato. Ripristinava le nullità assolute, con l'obbligo di comunicazioni all'imputato, cui erano consentite impugnazioni; fissava, sia pur limitatamente all'istruttoria, termini massimi di custodia cautelare, con la libertà personale come « regola » (71).

« Nessuno grida al trionfo delle più democratiche idee... nessuno si ascrive il merito »; Pannain polemizzava col ministro, che presentava come « fatto di ordinaria amministrazione » una legge intesa a « trascurare gli interessi dello Stato e inchinarsi in riverenze ai delinquenti... è un errore dire che il codice penale è fatto per i delinquenti e quello di procedura per gli innocenti ». La riforma pareva favorire solo gli « avvocati, che speculano sulle libertà provvisorie e le escarcerazioni trafficando ai margini del codice », con « i

(66) Bellavista 1955, p. 347.
(67) Pannain 1955, p 368.
(68) Delitala 1960, p. 286.
(69) Vassalli 2010, p. 15.
(70) Calamandrei 1955, p. 225.
(71) D'Aniello 1955, p. 7

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ricorsi dei patrocinanti in Cassazione » (72). De Marsico apprezzava il « ritorno ad antiche disposizioni, specie di quel codice del 1913 che coronò la feconda magistrale fatica di Alessandro Stoppato »; ma rilevava l'« aggravio di lavoro per taluni uffici giudiziari » e soprattutto il « manifesto indebolimento della difesa sociale » (73).

Come i Procuratori generali nel 1955, nel 1963 anche Leone avrebbe contestato alla novella un « non soddisfacente equilibrio tra tutela dei diritti della difesa e ricerca della verità » (74); nel 1956 ne tematizzava invece la cifra di « attuazione della Costituzione », « entro un inevitabile sistema misto », ancorato all'ideologia del « codice degli innocenti » (75). Ai « giovani » il docente a Napoli insegnava che « la legge 18 giugno 1955... ripristinando istituti e norme del codice del 1913 e creando nuove garanzie », aveva segnato il « punto intermedio sì da assicurare il massimo di garanzie al diritto di difesa senza intaccare la dignità del processo ». Riconduceva a Pagano e Filangieri « questa via di mezzo », voluta dal legislatore di « ispirazione democratica », nella sottolineatura della valenza *pubblicistica* delle garanzie, « tutte quelle regole che assicurano la più ampia libertà di difesa non vanno intese come privilegio di soggetti privati, bensì come l'attuazione di un interesse della società » (76).

Presto una sentenza rifiutava l'estensione del nuovo assetto della difesa all'istruzione sommaria, con « vecchi paradigmi che resistono alle riforme » (77); dieci anni dopo la questione avrebbe ancora opposto Cassazione e Corte Costituzionale (78). Del resto la legge cadeva in un particolare momento, quando « della Resistenza si era dissipato lo spirito... con la realtà diversa dal sogno »; per Battaglia se nel 1945 « persino alcune norme di procedura » erano state « effettive », la Repubblica non aveva poi « conquistato quella forza che le supposero i costituenti ». La « giurisprudenza » appariva uno

(72) Pannain 1955, p. 370.
(73) De Marsico 1955, p. 482.
(74) Leone 1990, p. 539.
(75) Leone 1956, p. 5.
(76) Leone 1956, p. VIII.
(77) G. C. 1956, p. 729.
(78) Cordero 1966, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

« specchio della realtà più fedele della legislazione », in grado di riflettere « rapporti tra politica e giustizia assai più stretti di quanto ordinariamente si creda » (79).

L'« incomprensione » di riforme *politiche* chiamava in causa il ruolo della scienza giuridica nel tempo della democrazia: nel 1954, davanti al guardasigilli, Bettiol celebrava solennemente Manzini indiscusso « maestro », artefice del « metodo scientifico » e della « legislazione penale italiana », di « codici legati, malgrado tutto, ad una tradizione di civiltà e libertà » (80). Del Manzini Battaglia ricordava invece il rifiuto di riconoscere rilevanza penale al vilipendio della Resistenza, un aspetto marginale del *Trattato*, ma che appariva la cifra del rapporto tra tecnicismo e Costituzione, « e siccome non può parlarsi di incomprensione del giurista, si deve parlare di cattiva volontà di comprendere per ragioni politiche » (81).

Riferimenti bibliografici

AMODIO E. (2003), *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano: Giuffrè.

Assemblea costituente (1947), *Atti*.

Atti del Convegno Nazionale. Di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale (1954), Bellagio 24-26 aprile 1953 - Milano 28-30 novembre 1953, Milano: Giuffrè.

BATTAGLIA A. (1949), *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *Riv. pen.*, LXXIV, I, p. 617-627.

BATTAGLIA A. (1954), *Processo alla giustizia*, Bari: Laterza

BATTAGLIA A. (1955), *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in *Dieci anni dopo 1954-1955. Saggi sulla vita democratica italiana,* Bari: Laterza.

BATTAGLINI E. (1967), *Scritti giuridici*, II, Milano: Giuffrè.

BELLAVISTA G. (1952), *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano: Giuffrè, p. 149-173.

BELLAVISTA G. (1955), *Osservazioni sulla riforma del processo penale,* in *Riv. di dir. processuale penale*, p. 1-37.

BELLAVISTA G. (1955), *Processo e civiltà*, in *Riv. di dir. processuale penale*, p. 347-370.

(79) BATTAGLIA 1955, p. 320.

(80) *Onoranze* 1954, p. 49.

(81) BATTAGLIA 1955, p. 377.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

BERLINGUER M. (1944), *La crisi della giustizia nel regime fascista,* Roma: Migliaresi.
BERLINGUER M. (1949), *Diritto e politica al Congresso Internazionale dei giuristi democratici*, in *Giust. pen.*, I, c. 314-316.
BERNIERI G. (1945), *Per l'aggiornamento politico del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 541-51.
BETTIOL G. (1945), *Diritto penale. Parte generale*, Palermo: Priulla
BETTIOL G. (1950), *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova: Cedam, p. 121-133.
C. G. (1956), *Vecchi paradigmi che resistono alle riforme*, in *Riv. di dir. processuale penale*, p. 729-730.
CALAMANDREI P. (1947), *Restaurazione clandestina*, in *Il Ponte*, 3, fasc. 11/12, p. 959-968.
CALAMANDREI P. (1955), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo 1954-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari: Laterza.
CALAMANDREI P.(2003), *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano: Le Balze.
CARNELUTTI F. (1946), *Lezioni sul processo penale*, Roma: Ed. dell'Ateneo.
CARNELUTTI F. (1945), *L'equità nel giudizio penale (Per la riforma della Corte d'assise)*, in *Giust. pen.*, p. III, c. 1-11.
CARNELUTTI F. (1946), *Durata della detenzione preventiva e diritto dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, I, II, p. 137-145.
CASATI E. (1945), *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, I, p. 43-56.
CORDERO F. (1966), *Ideologie del processo penale*, Milano: Giuffrè.
D'ANIELLO M. (1955) *Innovazioni al codice di procedura penale con tutte le norme di attuazione,* Milano: Giuffrè.
DELITALA G. (1960), *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, p. 284-287.
DELOGU T. (1945), *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 161-195.
DE MARSICO A. (1954), *I problemi della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, p. 1-18.
FERRUA P. (1997) *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino: Giappichelli.
GUARNERI G. (1950), *Osservazioni sul progetto di modifica del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, VI, I, p. 453-472.
Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario — Corte di giustizia costituzionale (1946), Roma: Edizione dell'Istituto italiano di studi legislativi.
LACCHÈ L. (2008), *Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la Corte d'assise e l'opinione pubblica (1959-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Ottocento e Novecento,* a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, Bologna: il Mulino, p. 77-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LACCHÈ L. (2010), *Sistemare il terreno e sgombrare le macerie. Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano: Giuffrè, p. 271-304.

Lavori della Consulta sulle modificazioni da apportare alla legislazione in tema di delitti fascisti, in *Arch. pen.*, 1946, p. 233-234.

LEONE G. (1945) *Contro la riforma del codice penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 276-83.

LEONE G. (1945b), *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, I, p. 23-8.

LEONE G. (1948), *Libertà provvisoria e obbligatorietà del mandato di cattura. Efficacia vincolante delle decisioni della Cassazione per il giudice di merito. (Un singolare caso giudiziario)*, in *Arch. pen.*, IV, II, p. 50-53.

LEONE G. (1955), *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli: Jovene.

LEONE G. (1956), *Le linee generali della riforma del processo penale*, in *Riv. di dir. processuale penale*, p. 1-9.

LEONE G. (1964), *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano: Giuffrè.

LEONE G. (1990), *Interventi e studi sul processo penale*, Napoli: Jovene.

MANZINI V. (1947), *Trattato di diritto processuale penale*, I, Torino.

MANZINI V. (1954), *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova.

Modifiche al codice di procedura penale (1953), in *Arch. pen.*, p. 406.

NUVOLONE P. (1946), *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, II, I, p.269-281.

NUVOLONE P. (1946), *Diritti e interessi dell'imputato nel processo penale*, in *Giust. pen.*, III, col. 147.

Onoranze a Vincenzo Manzini (1954), in *Arch. pen.*, p. 49.

PANNAIN R. (1955), *La riforma della procedura penale*, in *Arch. pen.*, p. 370-374.

PANNAIN R. (1944), *La riforma della legislazione*, in *Annali della Facoltà giuridica, Università degli Studi di Camerino*, p. 15-49.

P. R. (1945), *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, I, p. 56-61.

P. R. (1945), *Problemi e notizie della magistratura*, in *Arch. pen.*, I, p. 234-35.

P. R. (1953), *L'affare Montesi*, in *Arch. pen.*, p. 407.

PERONACI A. (1946), *Magistratura e politica,* in *Giust. pen.*, I, c. 8-10.

PILOTTI M. (1945), *Orientamenti sulla riforma del processo penale*, in *Arch. pen.*, p. 157-159.

SABATINI Giu. (1946), *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, in *Giust. pen.*, c. 129-138.

SATTA S. (1994), *Il mistero del processo*, Milano: Adelphi.

SBRICCOLI M. (2009), *Storia del diritto penale e della giustizia,* Milano: Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

S.S. PIO XII (1953), *Principi fondamentali del diritto penale,* in *Arch. pen.*, p. 421-423.
VASSALLI G. (1950), *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, c. 1-9.
VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, Milano: Giuffrè, p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

GIULIO GARUTI

CONTUMACIA, RESTITUZIONE NEL TERMINE PER IMPUGNARE E DIRITTO DI DIFESA

1. Premessa. — 2. La restituzione nel termine dalla prassi giurisprudenziale al c.p.p. 1988. — 3. Le modifiche normative introdotte a seguito delle condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. — 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel leggere le relazioni di Renzo Orlandi e di Daniele Negri, ho tentato di individuare un elemento in comune e, al riguardo, ho notato come entrambi abbiano puntato, in particolare, sul concetto di "sostanza" dei diritti individuali, lasciando di conseguenza la "forma" in secondo piano.

Per quel che qui importa, Renzo Orlandi ha sottolineato l'importanza della "sostanza" dei diritti individuali con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sostenendo come detta Corte abbia sviluppato, nel corso degli anni, una giurisprudenza attenta alla "sostanza", « capace di fungere da modello anche per i giudici italiani ». Per corroborare questa affermazione, in nota al proprio scritto, Orlandi ha riportato il caso *Sejdovic v. Italia*, destinato a richiamare, tra le altre cose, l'istituto processuale della "restituzione nel termine" per impugnare una sentenza di condanna pronunciata in contumacia dell'imputato.

A sua volta, Daniele Negri, nella parte finale del proprio intervento, ha puntato anch'egli l'attenzione sulla "sostanza" dei diritti individuali e, nel fare ciò, si è riferito, tra le altre decisioni citate, a una sentenza della Corte costituzionale — la n. 317 del 2009 — « a proposito della restituzione nel termine per impugnare la decisione a favore del contumace il cui difensore avesse in sua assenza già coltivato i rimedi di grado ulteriore ». E richiamando il confronto tra

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

la tutela assicurata sul punto all'accusato vuoi a livello costituzionale vuoi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Negri ha evidenziato come detto confronto debba essere effettuato « mirando alla massima espansione delle garanzie ». Da qui, l'impossibilità di trarre « conclusioni limitative di un diritto fondamentale dai principi enucleati dalla giurisprudenza per negare al contumace l'accesso personale ai mezzi di gravame, principi frutto di sedimentata tradizione dogmatica e normativa quali l'unicità del diritto di impugnazione e il divieto del *ne bis in idem* »: in questa prospettiva, conclude Negri, la Corte costituzionale non può « negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale ».

2. *La restituzione nel termine dalla prassi giurisprudenziale al c.p.p. 1988.*

Su questo sfondo, nonché sul presupposto che ogni cittadino accusato di un reato ha il diritto di essere presente al proprio processo e di difendersi, si collocano gli istituti processuali vuoi della contumacia vuoi, soprattutto, per quel che qui importa, della restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza contumaciale.

Nonostante il codice del 1865 non provvedesse a disciplinare l'istituto della "restituzione nel termine", fin dall'ultimo decennio del XIX secolo si pervenne, a livello giurisprudenziale, al suo riconoscimento. Rifacendosi ai principi generali dell'ordinamento, la Corte di cassazione, in linea con la dottrina più accreditata, sottolineò più volte come l'assenza di colpa nel mancato esercizio di un diritto entro il termine inderogabile non ne provocasse la decadenza. In particolare, con riferimento al diritto di impugnare, tale sanzione doveva escludersi laddove l'imputato fosse stato erroneamente avvertito dal giudice circa il tipo di impugnazione che gli spettava; si fosse trovato nell'impossibilità di proporre gravame entro i termini legali perché infermo di mente; non avesse rispettato il termine a causa di terzi.

Soltanto nei progetti di codice elaborati tra il 1893 e il 1913 — ispirati tutti a una visone liberale del processo — la restituzione nel termine divenne oggetto di disciplina specifica, previa identificazio-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ne delle ipotesi di inosservanza incolpevole dei tempi stabiliti dalla legge. Per esempio, il progetto Bonacci del 1893 — lasciato in corso di studio al ministero di grazia e giustizia e mai presentato in parlamento — prevedeva l'istituto della restituzione agli articoli 124-127: la riapertura dei termini stabiliti a pena di decadenza era ammessa quando il richiedente — senza alcuna distinzione tra imputato, pubblico ministero e altre parti private — non avesse potuto osservarli per forza maggiore; non avesse avuto, senza colpa, avviso della notificazione; non fosse stato avvertito della decorrenza dei termini nel caso in cui tale informativa, da parte dell'autorità giudiziaria, risultasse dovuta.

A distanza di alcuni anni la restituzione nel termine riappariva.

All'art. 137, il progetto del codice di procedura penale presentato nel 1905 dal ministro di grazia e giustizia *pro-tempore* Finocchiaro Aprile disponeva che la restituzione potesse venire concessa soltanto all'imputato — e non alle altre parti processuali — che si fosse trovato, per causa di forza maggiore, nell'impossibilità di esercitare un diritto entro il termine perentorio. Ove fosse stata ordinata l'esecuzione della sentenza, la restituzione era subordinata alla condizione che l'imputato si fosse costituito in carcere; l'istanza non provocava tuttavia, salvo provvedimento contrario del giudice, la sospensione dell'esecuzione. Questo progetto non ebbe più fortuna di altri: nel corso del suo esame da parte di una apposita commissione della Camera, la legislatura terminò ed esso decadde.

Nel 1911, l'on. Finocchiaro Aprile — tornato alle funzioni di guardasigilli — presentava un nuovo progetto di codice all'interno del quale la restituzione nel termine trovava autonoma disciplina all'art. 143. La norma riproduceva sostanzialmente il contenuto dell'art. 137 del progetto del 1905, salvo menzionare, quale titolare del diritto alla restituzione, non più soltanto l'imputato, ma anche l'accusato, e cioè l'imputato sottoposto a giudizio. Il progetto, discusso e approvato in entrambi i rami del parlamento, era allegato alla l. 20 giugno 1912, n. 598 che autorizzava il governo a pubblicare entro il termine del 31 dicembre 1912 — successivamente prorogato al 31 marzo 1913 — il codice di procedura penale e a introdurre nel suddetto progetto le modificazioni necessarie « per emendarne le disposizioni e coordinarle fra loro e con quelle degli altri Codici e delle leggi vigenti ». Nel corso di quest'opera di adeguamento, l'art.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

143 veniva modificato e suddiviso in due disposizioni, gli articoli 126 e 127, del codice di rito licenziato con r.d. 27 febbraio 1913, n. 127.

Ai sensi delle norme citate, la restituzione "poteva" venire concessa al pubblico ministero e alle parti private che avessero dimostrato l'impossibilità, derivante da forza maggiore, di esercitare un diritto entro il termine fissato; nonché — e questo era il caso equiparato alla forza maggiore dall'art. 126 comma 2 c.p.p. 1913 — all'imputato che, senza colpa o negligenza, non avesse avuto notizia di un atto la cui notificazione fosse stata eseguita in modo regolare, ma non a lui personalmente. Pronunciata la sentenza, la restituzione poteva essere accordata al solo fine dell'impugnazione (art. 6 comma 1 norme att. c.p.p. 1913).

A una analisi superficiale, la disciplina descritta appariva idonea a contemperare le esigenze di giustizia con quelle di tutela dei diritti delle parti. Tuttavia, dai lavori preparatori, così come dagli ordinamenti stranieri cui il legislatore si era adeguato, emergeva in modo netto che la restituzione avrebbe potuto operare soltanto in via eccezionale. I limiti ricavabili dalla normativa descritta denunciavano l'esigenza di un uso molto cauto dell'istituto, una sorta di "beneficio" vòlto a tutelare un interesse della parte e non un suo diritto. Si riteneva infatti che le parti non potessero pretendere la restituzione, essendo chiamato il giudice a decidere ispirandosi ad « alte ragioni di equità e ad indiscutibili necessità obiettive ».

Con l'entrata in vigore del c.p.p. 1930, il legislatore provvedeva a riorganizzare il sistema processuale senza riprodurre la restituzione nel termine. I motivi di questa scelta venivano enunciati dal guardasigilli Rocco nella Relazione al progetto preliminare del codice e coinvolgevano l'operato del legislatore del 1913, ponendone addirittura in dubbio la correttezza. Si sosteneva, infatti, che da una lettura coordinata dell'art. 126 c.p.p. 1913 con l'art. 6 comma 1 norme att., il suddetto istituto, in quanto funzionale all'impugnazione delle decisioni passate in giudicato, finiva col trovare limitata applicazione. Non significativa sarebbe stata quindi, per l'imputato, la mancata previsione della disciplina restitutoria. Le situazioni eccezionali cui la restituzione nel termine sarebbe stata chiamata a far fronte, avrebbero trovato adeguata soluzione tramite la revisione. Secondo il guardasigilli, la disciplina contenuta nel c.p.p. 1913, in punto di restituzione, doveva insomma essere intesa come un errore

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

commesso in sede di redazione del codice, cui era seguito, in fase attuativa, un tentativo maldestro di porvi rimedio.

L'infondatezza dell'interpretazione descritta emergeva perlomeno sotto due profili. Se da un lato abbiamo visto come non esistesse alcuna preclusione — salvo le limitazioni previste dallo stesso art. 126 c.p.p. 1913 — a usare la restituzione anche per situazioni diverse da quelle collegate al giudicato, dall'altro, non sembra sostenibile — ieri come oggi — l'esistenza di una fungibilità tra restituzione e revisione. I motivi determinanti la soppressione dell'istituto — disapprovata peraltro dalla maggior parte della dottrina dell'epoca — vanno allora probabilmente ricondotti alla volontà dichiarata del legislatore del 1930 di razionalizzare il codice di rito. La necessità dell'ordinato sviluppo delle attività processuali e le numerose esigenze collegate all'irrevocabilità del "giudicato" avevano annientato gli interessi particolari tutelati dalla restituzione.

Il riassetto democratico seguito alla caduta del fascismo e l'entrata in vigore della Costituzione, portatrice di un nuovo modo di intendere i rapporti tra individuo e Stato, hanno fortemente inciso sulla complessa vicenda della giustizia penale.

Per quel che qui importa, fin dalle prime elaborazioni volte a emendare il codice Rocco, la questione concernente la restituzione nel termine aveva assunto un rilievo particolare. Già nel progetto di modificazione per l'aggiornamento del codice, presentato nel 1949 da una apposita commissione ministeriale, l'istituto era riproposto agli articoli 186 e 187. Pur essendo stretto il legame tra la nuova disciplina suggerita e quella del 1913, non mancavano elementi di novità: accanto alla forza maggiore era indicato, come motivo di impedimento al rispetto del termine, il caso fortuito; veniva meno la restituzione nel termine in favore dell'imputato che, senza colpa o negligenza, non avesse avuto notizia della notificazione di un atto — comunque eseguita — dalla quale il termine cominciava a decorrere; l'organo decidente era identificato con il giudice che procedeva al tempo della presentazione dell'istanza ovvero, intervenuta sentenza di condanna, con quello che sarebbe stato competente a decidere sull'impugnazione; risultava espressamente previsto il ricorso in cassazione avverso il provvedimento conclusivo della procedura.

La soluzione proposta in tema di restituzione appariva equilibrata, ma il progetto del 1949 — scemato nel frattempo l'interesse

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

governativo per la riforma del processo penale — non fu presentato in parlamento. Dopo alterne vicende e con l'inizio di una nuova legislatura, esso venne parzialmente ripreso, dapprima con una proposta di legge d'iniziativa dei deputati Leone, Riccio e Amatucci, e, in seguito, con un disegno di legge governativo (c.d. progetto De Pietro). Da un intenso dibattito su questi testi, scaturiva la l. 18 giugno 1955, n. 517 che, nell'ottica di "offrire ulteriori garanzie alla difesa e alle parti", reintroduceva, dopo un'assenza di oltre vent'anni, la restituzione nel nostro sistema processuale penale.

Il contenuto degli articoli 186 e 187 del progetto del 1949 veniva letteralmente trasferito nell'art. 183-*bis* c.p.p. 1930 (« Restituzione in termini. Effetti della restituzione ») e corredato di alcune norme attuative. In particolare, l'art. 8 d.p.r. 25 ottobre 1955, n. 932 precisava che alla rinnovazione degli atti compiuti dopo il termine restituito avrebbe provveduto il giudice che concedeva la restituzione anche laddove la decadenza si fosse verificata in una fase precedente a quella di sua cognizione. Il giudice di primo grado poteva dunque trovarsi a rinnovare atti relativi alla fase istruttoria, mentre il giudice di appello, atti relativi al giudizio di prime cure o all'istruzione.

La scelta effettuata dal legislatore del 1955 appariva frutto di una valutazione politica giunta a riconoscere all'interesse della parte, nonché a quello della giustizia sostanziale, un ruolo sovraordinato rispetto all'interesse al progressivo consolidamento delle situazioni processuali. Nonostante qualche incertezza — l'art. 183-*bis* prevedeva che le parti "potessero essere" e non "fossero" restituite —, la restituzione sembrava porsi non più in chiave di eccezionale concessione, ma di vero e proprio diritto spettante alle parti: questa tendenza risultava confermata vuoi dall'eliminazione dell'appellativo "beneficio" — presente invece nell'art. 127 c.p.p. 1913 —, vuoi dal riconoscimento della possibilità, assente in passato, di ricorrere in cassazione contro l'ordinanza sulla restituzione.

In seguito, nella prospettiva di una riforma organica della giustizia penale, la materia fu oggetto di nuova considerazione.

La legge-delega del 1974 (n. 108 del 3 aprile 1974) si sarebbe invero rivelata piuttosto avara di riferimenti, limitandosi a prevedere — con riguardo alle garanzie da predisporre per il rito degli irreperibili — la "ammissibilità, in sede di incidente di esecuzione, di

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

una valutazione sul merito della procedura seguita, con eventuale restituzione in termini dell'imputato ai fini dell'impugnazione" (art. 2 n. 70). Questo laconico riferimento sembrava anticipare — in un'ottica di parziale disinteresse per la restituzione — una disciplina codicistica restrittiva.

Superando le indicazioni della delega, il progetto preliminare del 1978 riservava invece all'istituto in esame un vasto ambito operativo e una disciplina dettagliata. Non pochi, sul piano dei contenuti normativi, i profili di novità rispetto all'art. 183-*bis* c.p.p. 1930.

Al di là della soluzione sistematica — volta a mantenere distinti gli aspetti sostanziali (art. 166), quelli processuali (art. 167) e gli effetti (art. 168) —, la prima reale innovazione consisteva nell'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati a chiedere la restituzione: non più solo le parti private e il pubblico ministero, ma anche i difensori. Veniva abolito il divieto di restituzione per più di una volta nel corso del procedimento, nonché sostituito il presupposto relativo al "caso fortuito" o alla "forza maggiore" con quello della "causa non imputabile".

Pur non venendo meno lo schema base tradizionale — imperniato sull'istanza da presentare entro dieci giorni dall'estinzione della causa determinante l'inosservanza del termine —, assumevano particolare rilevanza il richiamo alle forme del rito camerale e l'identificazione dell'organo competente a decidere sulla domanda con il giudice procedente. Si provvedeva così a risolvere il dubbio se la decisione dovesse essere assunta con provvedimento *de plano* o con procedura incidentale e a superare le esitazioni in ordine alla sentenza di proscioglimento suscettibile di impugnazione. Com'è noto, la non menzione della sentenza di proscioglimento nel contesto dell'art. 183-*bis* c.p.p. 1930 aveva talvolta indotto a ritenere che giudice competente per la restituzione dovesse essere quello che l'aveva emessa.

In ossequio a esigenze di economia processuale, l'art. 168 del progetto stabiliva il principio secondo cui la restituzione non poteva determinare la regressione del processo: alla rinnovazione degli atti avrebbe infatti provveduto, se possibile e su istanza di parte, il giudice della restituzione e, quando si trattasse della Corte di cassazione, il giudice di merito avanti il quale gli atti si erano svolti.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

All'art. 630 comma 2, il legislatore del 1978 disponeva inoltre che fosse rinnovata la notificazione della sentenza o del decreto penale, in caso di illegittima dichiarazione di irreperibilità. Ciò evidentemente al fine di tutelare il diritto dell'imputato a impugnare od opporsi.

Configurando la restituzione nel termine come un diritto spettante a un numero più o meno ampio di soggetti, il progetto del 1978 consentiva di evitare che la celerità processuale potesse trasformarsi da strumento di funzionalità a momento di grave pregiudizio per i diritti delle parti e per la giustizia. La restituzione, insomma, come rimedio agli inconvenienti incolpevolmente derivati alle parti dai ritmi di speditezza del procedimento.

Sebbene la disciplina richiamata apparisse abbastanza soddisfacente, un complesso di ragioni, ampiamente note, che vanno dalla ritenuta inadeguatezza a realizzare un processo di stampo accusatorio alla necessità di far fronte a fenomeni contingenti di terrorismo armato, consigliarono una rimeditazione e portarono al superamento del progetto del codice del 1978.

Nella sequenza delle tappe che hanno segnato il percorso dei lavori di riforma del processo penale, la legge-delega del 1987 rappresenta, dopo il progetto del 1978, il primo momento evolutivo importante per la restituzione nel termine, dato l'esplicito riferimento all'istituto in più di una direttiva e per diversi scopi. Esso veniva infatti richiamato in relazione al termine per proporre opposizione a decreto penale di condanna (art. 2 n. 46); al termine per impugnare laddove, in sede di esecuzione, si fosse valutato il merito della procedura seguita per la notificazione della sentenza (art. 2 n. 80); al termine per proporre gravame, in caso di persona giudicata in contumacia e rimasta, senza colpa, all'oscuro del provvedimento da impugnare (art. 2 n. 82). Il modello adottato dalla delega sembrava dunque caratterizzarsi per una forte spinta innovativa tesa ad adeguare il nostro ordinamento all'interpretazione delle norme pattizie sui diritti dell'uomo: se da un lato si ampliava la tipologia dei provvedimenti soggetti a restituzione, dall'altro si riservava particolare riguardo all'imputato giudicato in contumacia.

In armonia con tali direttive, il legislatore delegato del 1988, nel disciplinare la restituzione, ha disatteso la sistematica del codice precedente, provvedendo ad accorpare i profili sostanziali e proces-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

suali (art. 175), a regolare separatamente alcuni effetti collegati all'esito positivo della procedura (art. 176), nonché a collocare nelle rispettive *sedes materiae* le disposizioni riguardanti la richiesta di restituzione nel termine per opporsi a decreto penale di condanna (art. 462) e quella relativa ai presupposti per la restituzione in caso di accertamento circa l'esecutività della sentenza o del decreto (art. 670 comma 3).

Da un punto di vista normativo, le ipotesi di restituzione nel termine sono riconducibili a due situazioni diverse. La prima riconosce al pubblico ministero, alle parti private e ai difensori la possibilità di ottenere la rinnovazione di un termine stabilito a pena di decadenza, quando venga accertato che l'inosservanza sia dipesa da caso fortuito o forza maggiore (art. 175 comma 1). La seconda è volta invece a ripristinare il termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale od opposizione avverso il decreto penale di condanna, in favore dell'imputato che, senza colpa, non abbia conosciuto il provvedimento, sempre che l'impugnazione non sia già stata proposta dal difensore (art. 175 comma 2, prima parte). Se la sentenza contumaciale sia stata notificata mediante consegna al difensore per essere l'imputato irreperibile (art. 159), oppure, per essere divenuta impossibile la notificazione nel domicilio dichiarato o eletto (artt. 161 comma 4 e 169), l'imputato stesso deve dimostrare di non essersi sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento (art. 175 comma 2, ultima parte).

Va peraltro ricordato che la disciplina in parola è simile a quella richiamata dall'art. 183-*bis* c.p.p. 1930, nella versione scaturita da una delle ultime novelle apportate al testo del vecchio codice. Tra la pubblicazione del codice attuale e la sua entrata in vigore, l'art. 1 l. 23 gennaio 1989, n. 22 introduceva infatti altre ipotesi di restituzione con riferimento all'opposizione a decreto penale di condanna e all'impugnazione della sentenza contumaciale.

Che la restituzione risulti oggi definitivamente configurata come un vero e proprio diritto spettante a parti e difensori, pare confermato dal testo dell'art. 175 comma 1 laddove utilizza l'espressione "sono restituiti" in luogo della locuzione "possono essere restituite", contenuta nell'art. 183-*bis* comma 1 c.p.p. 1930. L'adozione della formula "può essere chiesta la restituzione", nel secondo comma

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dell'art. 175, sta invece a sottolineare soltanto la subordinazione di quest'ultima all'iniziativa di parte.

Così connotato, l'istituto in parola sembra riconducibile alla categoria dei rimedi processuali, vale a dire degli strumenti attraverso i quali si tende a rimuovere situazioni anomale che non consentono lo svolgimento del rito secondo le esigenze delle sue finalità. Finalità che si riassumono nella pronuncia di una sentenza giusta e si perseguono, essendo il nostro processo ispirato ai canoni del sistema accusatorio, con il contributo delle parti chiamate a esercitare i diritti e le facoltà loro riconosciute. La restituzione nel termine si pone dunque al contempo quale strumento di tutela della corretta amministrazione della giustizia e di garanzia per le parti.

Il mancato esercizio di un diritto o di una facoltà processuale si traduce in una violazione del contraddittorio quando l'inattività sia dovuta a un impedimento non imputabile: l'effettività del contraddittorio — costituzionalmente garantito dagli articoli 24 comma 2 e 111 Cost. — richiede infatti che siano assicurate le condizioni volte a consentire alla parte l'esercizio dei poteri conferiti, tramite la partecipazione attiva al procedimento a tutela della propria posizione.

La restituzione, nel consentire il ripristino di un termine già decorso, coinvolge tuttavia anche esigenze connesse alla certezza e alla stabilità delle situazioni giuridiche, tutelate dal legislatore tramite la fissazione di termini perentori. È dunque all'intento di salvaguardare gli opposti interessi che si deve la scelta di contenere entro un termine, a sua volta perentorio, il diritto a proporre istanza di restituzione (art. 175 comma 3 c.p.p.).

La restituzione rappresenta comunque un rimedio residuale, da invocarsi quando i mezzi ordinari di difesa e di reclamo non permettano di ottenere il medesimo risultato.

3. *Le modifiche normative introdotte a seguito delle condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.*

La disciplina normativa disegnata dal c.p.p. 1988 in tema di restituzione nel termine in favore dell'imputato contumace ha acquistato, in virtù delle modifiche introdotte dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, seguite ai ripetuti interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, le sembianze di un autentico diritto dell'interessa-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

to, non essendo più a carico del condannato l'onere della prova di non avere avuto effettiva conoscenza del procedimento a suo carico ed avendo questi diritto alla restituzione, salvo che l'autorità giudiziaria dimostri l'avvenuta conoscenza del procedimento o del provvedimento subito e la volontaria rinuncia a comparire.

Di converso, il legislatore ha trascurato di adeguare l'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (art. 603 comma 4 c.p.p.) — naturale *pendant* della restituzione nel termine — al mutato scenario normativo, sicché, nel giudizio di appello, la rinnovazione in favore del contumace continua a rimanere subordinata alla « prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa ».

4. *Conclusioni.*

Tentando una conclusione, pare corretto affermare che, da un punto di vista storico, l'istituto della restituzione nel termine si sottrae completamente a qualsiasi logica di periodizzazione, così come individuata da Renzo Orlandi nella sua relazione introduttiva: primo periodo (1944-1961); secondo periodo (1962-1989); terzo periodo (1989-2010).

Da un punto di vista pratico, poi, preme osservare come il sistema che si è venuto a delineare in seguito alle modifiche normative del 2005 individui un meccanismo automatico di restituzione nel termine in favore dell'imputato contumace, ma non vada a incidere sull'ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale che, pur obbligatoria, è accessibile unicamente attraverso un provvedimento del giudice di appello affidato a un accertamento di tipo discrezionale in ordine alla sussistenza dei presupposti di legge.

Insomma, nonostante le condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e le modifiche normative intervenute, l'imputato contumace restituito nel termine si trova ancora nell'impossibilità concreta di ottenere un nuovo processo, perché, comunque, pur venendo rimesso quasi automaticamente in grado di appello, questi potrà beneficiare della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a condizioni molto restrittive, assai difficilmente dimostrabili, retaggio della disciplina originaria in punto di restituzione

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nel termine. La qual cosa continua a porsi in assoluto contrasto con il diritto di difesa riconosciuto, a livello costituzionale e sovranazionale, a chiunque si trovi, accusato di un reato, sottoposto a processo.

Riferimenti bibliografici

Cavallari V. (1957), *La restituzione in termine nel sistema processuale penale*, Padova: Cedam.

De Roberto (1989), Sub *art. 183*-bis *c.p.p. 1930*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Appendice di aggiornamento, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova: Cedam, p. 13-22.

Ferrini C. (1905), *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, I, Milano: Società editrice libraria, p. 170-175.

Garuti G. (2000), *La restituzione nel termine*, Padova: Cedam.

Lojacono G. (1956), *La restituzione in termini nel sistema processuale penale*, in *Arch. pen.*, I, p.144-157.

Longhi S. (1900), *La restituzione nei termini nella procedura penale*, in *Riv. pen.*, p. 5-19.

Lucchini L. (1889), *Elementi di procedura penale*, Firenze: G. Barbera.

Mangiaracina A. (2010), *Garanzie partecipative e giudizio* in absentia, Torino: Giappichelli.

Mangini R., Gabrieli F.P., Cosentino U. (1931), *Il Codice di Procedura Penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma: Tipografia Camera dei Deputati.

Melchionda A. (1989), *Commento alla l. 23 gennaio 1989, n. 22*, in *Leg. pen.*, p. 323-350.

Mortara L., Aloisi U. (1922), *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, parte I, Torino: Unione tipografico-editrice torinese.

Papagno C. (2010), *Contumacia e processo equo*, Milano: Giuffrè.

Petrella G. (1965), *Le impugnazioni nel processo penale: trattato teorico pratico*, I, Milano: Giuffrè.

Ravizza (1912-1916), *Termini (Materia penale)*, in *Digesto it.*, XXIII, pt. I, Torino: Unione tipografica - editrice torinese, p. 802-803.

Rispoli A. (1917), *La* restitutio in integrum *e la riforma processuale*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli: Jovene, p. 470-492.

Santosuosso F. (1956), *In tema di restituzione in termini*, in *Riv. pen.*, II, p. 64-67.

Ubertis G. (1989), Sub *artt. 175-176*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, Milano: Giuffrè, p. 244-256.

Windscheid B. (1925), *Il diritto delle pandette*, I, trad. it., Torino: [s.n.].

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

GIOVANNI CHIODI

CUSTODIA PREVENTIVA E GARANZIE DELLA LIBERTÀ PERSONALE NEL PRIMO DECENNIO REPUBBLICANO: IL CASO DELLA SCARCERAZIONE AUTOMATICA

1. Premessa — 2. La scarcerazione automatica nel 1944: prime reazioni. — 3. Il difficile superamento dei vecchi princìpi nella magistratura. — 4. Il garantismo della dottrina tra codice e Costituzione. — 5. Il contributo di Giuliano Vassalli. — 6. Le prime riforme e il ruolo dei convegni (1950-1955). — 7. Nuove fasi storiche: dalle riletture costituzionali al periodo dell'emergenza. — 8. Chiosa minima sulla travagliata gestazione di un processo senza istruzione.

1. *Premessa.*

In una riflessione sui diritti individuali nel processo penale, come quella sapientemente elaborata da Renzo Orlandi, la libertà personale, legata al cruciale tema della custodia cautelare, ben si presta a fare da catalizzatore per qualche considerazione sulle dinamiche dell'intricato momento di passaggio da un'ideologia interamente protesa alla valorizzazione dell'autorità ad una nuova cultura dei diritti, tanto più che il problema del recupero di garanzie per la libertà personale dell'imputato fu tra i primissimi ad essere affrontato tra le rovine post-belliche.

L'angolo di osservazione prescelto si colloca inoltre lungo le altre direttrici di studio suggerite dai promotori dell'incontro: mi riferisco alla riemersione del paradigma costituzionale, segnalato da Daniele Negri, e alla relazione tra scienza giuridica e storia, tracciata da Michele Pifferi, che ha distinto il « dialogo sfruttato o d'opportunità », l'uso argomentativo della storia di cui fu lucido modello Achille Battaglia, e il « dialogo ricercato » degli anni Settanta, che rimanda alla riscoperta della dimensione storica e politica del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

processuale, alla storicizzazione dei dogmi di un passato inquisitorio (che, grazie a molte ricerche, conosciamo sempre più in profondità nelle sue duttili funzioni), assunta quale antidoto alla mitizzazione e stimolo alla edificazione di una scienza processualpenalistica consapevole e propositiva.

L'argomento offre poi l'opportunità di studiare la parte notevole assunta da Giuliano Vassalli, già nei primi anni del dopoguerra, nell'impostare i problemi del diritto e della procedura penale in un'ottica costituzionalmente orientata e in linea con gli impegni internazionali, secondo un indirizzo che rimarrà costante nel Suo insegnamento, e di ricordare, oltre alla Sua figura di elevato profilo intellettuale e civile (1), altri esponenti di quella che Egli definì, molto tempo dopo, « lunga marcia dei giuristi verso un processo più umano e più giusto (2) ».

2. *La scarcerazione automatica nel 1944: prime reazioni.*

Renzo Orlandi propone di rivalutare il primo decennio repubblicano, scorgendovi le prime basi ideali di una reazione alla cultura giuridica autoritaria del regime. In effetti, la riforma processuale muove i suoi primi passi con i decreti del periodo costituzionale provvisorio nel 1944. Da questo punto di vista, assistiamo, per quel che concerne la libertà personale, ad un recupero parziale delle garanzie perdute nel periodo fascista: la scarcerazione automatica, già prevista dal codice Finocchiaro-Aprile, venne infatti ristabilita dall'art. 6 del d.lgs.lgt. 10 agosto 1944 n. 194 (governo Bonomi, guardasigilli Umberto Tupini).

Il primo fenomeno da segnalare riguarda quindi il trapianto del vecchio istituto liberale nel codice 'salvato'. La novità che portava con sé la reintroduzione dei limiti massimi di custodia preventiva (3) e la scarcerazione automatica è già stata percepita da vari studiosi (4), che hanno messo in rilievo il cambiamento di rotta rispetto al

---

(1) Sulla quale v. ora la fine ricerca di PALAZZO 2010.

(2) VASSALLI 1977, p. 553: « Eppure è continuata senza soste la lunga marcia dei giuristi verso un processo più umano e più giusto ».

(3) La « tariffa », per usare il gergo di LUCCHINI 1913.

(4) AMATO 1967; GREVI 1976; GALIANI 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

fascismo, la vera e propria inversione del rapporto tra autorità e libertà che si veniva a realizzare facendo recedere l'interesse pubblico alla celerità del procedimento o il superiore interesse della difesa sociale di fronte al diritto di libertà, ritornato al suo ruolo di oggetto primario di tutela.

Questa importante disposizione, se può essere giustamente considerata una svolta, si innestò, tuttavia, su una cultura ancora solcata da profonde diffidenze nei confronti di un mezzo di garanzia della libertà personale.

Intanto, essa mostrava un aspetto ancipite: da un lato si caratterizzava per la novità, non tanto della proposta in sé, che affondava le sue radici nel codice liberale, riproducendone alcune contraddizioni, quanto della cesura rispetto al codice Rocco; dall'altro, nasceva con il crisma della provvisorietà tipica delle leggi fatte per ragioni speciali, e come tale la scarcerazione automatica rischiò di essere trattata, da una parte almeno della dottrina. Per alcuni, infatti, essa rimaneva istituto eccezionale, una necessità fondata su ragioni pratiche di mero decongestionamento carcerario, una contingenza del periodo post-bellico che ne comprimeva notevolmente la portata (5). Altri invece, rappresentanti di un fronte dottrinale assai più nutrito, fin dall'inizio vi scorsero una vera e propria garanzia per la libertà personale dell'imputato e la salutarono con soddisfazione, notando il distacco rispetto al codice vigente (6), ma tra questi i più critici non rinunciarono ad affondare il dito nella piaga, additando con preoccupazione (e talora con sarcasmo) i limiti della risorta scarcerazione per decorrenza di termini (era questa la terminologia ritenuta scientificamente più appropriata), alcuni dei quali definiti, senza ipocrisie, irragionevoli (7). La sua temporaneità, innanzitutto (alla quale si porrà rimedio con due successive proroghe e poi definitivamente con la legge 18 giugno 1955), ma anche la sua sfera di efficacia confinata al periodo istruttorio (un compromesso ereditato dal codice liberale); l'inapplicabilità ai reati più gravi, per i quali la cattura era obbligatoria e la libertà provvisoria vietata (un passo indietro rispetto al codice del 1913); la mancata previsione dell'ap-

(5) Manzini 1946, Battaglini 1947, Macrì 1947, Griffo 1949.
(6) Leone 1947, Sabatini 1947, 1948, 1949b; Battaglia 1947.
(7) Battaglia 1954, III, p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

pellabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di scarcerazione da parte dell'imputato (poi aggiunta nel 1945) e l'inoppugnabilità in Cassazione; l'allungamento dei termini rispetto al codice del 1913 (anche se compensata dalla loro non prorogabilità) ([8]); la minore garanzia offerta in caso di istruzione sommaria ([9]). Il dibattito per l'eliminazione di questi inconvenienti sarebbe continuato, come vedremo, nel corso del decennio fino alla riforma del 1955, giungendo ad alcune apprezzabili conquiste legislative, anche se non ad una realizzazione piena del diritto di libertà personale, poi riconosciuto dalla Costituzione.

3. *Il difficile superamento dei vecchi princìpi nella magistratura.*

La reintroduzione di limiti massimi alla carcerazione preventiva — innovazione che, con termini azzeccati, è stata definita « una nota in certo senso stonata in un sistema che, sotto diversi profili, ha sempre configurato la libertà più come eccezione che come regola » ([10]) — favorì dunque il riattivarsi della discussione intorno alle finalità della custodia cautelare. La Costituzione rappresenta la seconda svolta fondamentale nel nostro campo: in un certo senso, la dottrina favorevole a riaprire il discorso sulle libertà, che aveva mosso i suoi primi passi analizzando il decreto del 1944, quasi come in una sorta di riscaldamento, se è consentita la metafora sportiva, poté in seguito rapportarsi direttamente a quel testo fondamentale.

A questo proposito, ci si deve domandare in prima battuta come influì il provvedimento della scarcerazione automatica sull'interpretazione di altre disposizioni del codice, e in un secondo tempo quale fu l'atteggiamento della dottrina e della magistratura di fronte agli articoli 13, 27 comma 2 e 111 Cost., che rafforzarono le garanzie della libertà personale dell'imputato, con alcune innovazioni capitali: riserva di legge, riserva di giurisdizione, limiti massimi della

([8]) Che fecero esclamare a qualche osservatore attento: « … nel 1913 si cominciò a contare a *giorni*; nel 1944 si continuò a contare a *mesi*; e nel 1952 si è giunti a contare ad *anni* » (BATTAGLIA 1954, p. 57).

([9]) Che fece nascere spinosi problemi, sui quali v. STORTI 2010.

([10]) AMATO 1967, p. 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

carcerazione preventiva, garanzia della tutela giurisdizionale in Cassazione contro tutti i provvedimenti restrittivi della libertà.

Dirò qualcosa sul rapporto tra codice e decreto più avanti. Per quanto concerne invece l'atteggiamento della magistratura nei confronti della Costituzione, il fenomeno del ritardo con cui la suprema corte modificò i criteri interpretativi del codice adeguandoli ai nuovi valori è stato messo in rilievo da tempo (11).

L'esitazione nel sostenere la normatività della Costituzione, mediante l'applicazione della fatale distinzione tra norme programmatiche e precettive (con un'ulteriore sotto-distinzione anche all'interno di questa seconda categoria) si può dimostrare anche con riferimento all'art. 111 Cost., perché la Cassazione, di primo acchito, non riconobbe affatto la precettività della garanzia giurisdizionale in esso contenuta e fu quindi restìa ad ammettere il ricorso in Cassazione sia contro le ordinanze sia contro le sentenze di rinvio a giudizio contenenti provvedimenti restrittivi della libertà (la svolta avvenne nel 1949 e 1950).

Ben più grave, tuttavia, fu l'orientamento teso a negare il diritto di libertà personale dell'imputato scarcerato in istruttoria, dopo il rinvio a giudizio, fondato su un'interpretazione della novella del 1944 e dell'art. 375 c.p.p. poco in linea non solo con i tradizionali criteri ermeneutici della legge processuale penale (come sottolinearono con forza tutti gli autori), ma anche con gli articoli 13 comma 5 e 27 comma 2 della Costituzione: una vicenda che occupò le pagine delle riviste e i dibattiti del primo decennio repubblicano, sia prima che dopo l'entrata in vigore della Costituzione. In entrambe le direzioni, la riluttanza della Cassazione a dare riconoscimento al diritto di libertà e a perpetuare schemi inquisitori pur nella nuova realtà democratica ne esce quindi ampiamente confermata.

4. *Il garantismo della dottrina tra codice e Costituzione.*

Maggiore disponibilità a rendere autonomo e operativo a livello ermeneutico il diritto di libertà personale dell'imputato mostrò invece il formante dottrinale.

---

(11) Tra i tanti, con diversi criteri, cf. le opere di Calamandrei, Amato, Onida, Pizzorusso, Paladin, Bartole, Simoncini, Romboli, e Sbriccoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

A questo proposito, occorre fare una premessa. La scelta di conservare il codice Rocco significava anche lasciar sussistere il sistema costruito intorno ad esso, che trovava ancora nel *Trattato* di Manzini, alla sua ennesima « palingenesi » (12), la massima e compiuta espressione. La scienza, che non aveva inteso rinunciare *in toto* al codice, mostrava nel contempo di formulare una chiara opzione anche per l'impalcatura di concetti e di categorie edificata su di esso: giustamente Orlandi ha richiamato l'attenzione su questo profilo di continuità metodologica. Si trasmettevano così all'età repubblicana anche opzioni interpretative, che permettevano di rafforzare i princìpi del codice, immunizzandoli da attacchi esterni. Da questo punto di vista, si riproduceva in fondo una dialettica tra autorità e libertà già sorta in epoca liberale, come ebbe acutamente ad osservare Vassalli, in un articolo del 1952, sul quale tornerò più avanti. Solo la percezione della superiorità, e soprattutto della normatività delle direttive costituzionali avrebbe permesso agli esponenti più sensibili della dottrina di cambiare rotta e di avviare un fruttuoso processo di rilettura del codice, alla luce dei nuovi parametri costituzionali. Questo itinerario, tuttavia, non sarà percorso con piena coerenza nemmeno da tutti gli esponenti più riformisti di allora. Un'incursione nel tema delle libertà personali rivela, anche in dottrina, remore e prudenza nell'approccio alle direttive costituzionali.

Ciò non significa che, nel primo periodo repubblicano, non vi fossero personalità già convinte di dover porre le basi per un rinnovamento metodologico in materia di libertà personale, basato su argomentazioni costituzionali. Premesso che l'attenzione per il sistema del codice appare allora ancora predominante rispetto a un discorso ai suoi esordi, spiccano alcune eccezioni: tra queste, il protagonista più importante della « discontinuità costituzionale » nella continuità, per adottare la felice espressione di Mario Sbriccoli (13), fu Giuliano Vassalli, nella cui opera possiamo percepire una valorizzazione del dettato costituzionale, che ne fa un moderno antesignano del metodo dell'interpretazione conforme a Costituzione. Lo rivela non soltanto il tema della scarcerazione automatica, ma quello complessivo della custodia preventiva, oggetto di rilevanti

(12) Miletti 2010, p. 104.
(13) Sbriccoli 1998, p. 534.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

interventi critici, che precorrono la fertile stagione della processual-penalistica costituzionale.

5. *Il contributo di Giuliano Vassalli.*

Innanzitutto, all'interno della vasta problematica circa la tutela della libertà personale, anche Vassalli prese parte attiva alla diatriba che animò tutta la dottrina del primo decennio repubblicano, intorno alla legittimità della riemissione del mandato di cattura nella sentenza di rinvio a giudizio contro l'imputato già scarcerato in fase istruttoria per decorrenza dei termini. Motivo dell'intervento, datato 1952, fu il radicalizzarsi della contrapposizione tra la dottrina e la giurisprudenza, a seguito della sentenza 21 giugno 1952 delle S.U. della Cassazione, convalidante una prassi che la dottrina reputava del tutto illegittima: si era infatti più volte osservato che la decorrenza dei termini massimi di custodia preventiva prima della chiusura dell'istruttoria attribuiva all'imputato il diritto alla scarcerazione e che il decreto del 1944 autorizzava la cattura della persona scarcerata nelle sole ipotesi di trasgressione agli obblighi eventualmente imposti, fuga o pericolo di fuga. Era quindi possibile, anche restando fermi al solo testo del decreto e del codice, respingere letture estensive dell'art. 375 c.p.p., che elencava i casi in cui era consentito ordinare la cattura dell'imputato con la sentenza di rinvio a giudizio (14), e sostenere la soluzione più favorevole all'imputato: e in tal senso si distinsero per il loro stoico impegno alcuni autori, prima e dopo la Costituzione (15), di fronte ad alcune contrarie decisioni di merito, che già Leone non aveva esitato a definire espressione di « un'ondata di antipatia da parte di alcuni settori della magistratura, i quali hanno erroneamente interpretato l'istituto

(14) Art. 375: « 2. Il giudice con la sentenza che rinvia a giudizio ordina la cattura dell'imputato se questi non è già detenuto per il reato per cui si procede, quando si tratta di delitto per il quale la legge impone il mandato di cattura. Quando il mandato di cattura è facoltativo o è stato sospeso a' termini dell'articolo 259, il giudice può ordinare la cattura. 3. Quando è stata conceduta la libertà provvisoria, il giudice istruttore ha facoltà di ordinare la cattura».

(15) Casalinuovo 1945, Sabatini 1947 e 1948, Ballestrero 1948, Goglia 1948, Battaglia 1949a.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

come una specie di sanzione contro il magistrato negligente » (16). In realtà, questa linea era pure il frutto di una vischiosa concezione che faceva della carcerazione preventiva un istituto finalizzato anche a esigenze di difesa della collettività, quando non di reazione all'allarme sociale.

Dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, che aveva espressamente previsto all'art. 13 la riserva di legge quanto ai termini massimi di carcerazione preventiva senza distinguere tra fase istruttoria e fase del giudizio e aveva statuito la presunzione di non colpevolezza all'art. 27 comma 3, la questione avrebbe potuto sciogliersi in modo ancor più sicuro, richiamandosi a quel superiore livello normativo. Ed è proprio questa la strategia argomentativa privilegiata dalla dottrina, che iniziò a farsi scudo sia con l'art. 13 sia con l'art. 27 Cost. (17)

In un primo momento, tale impostazione trovò conforto da parte della III Sezione della Cassazione che, nella fondamentale sentenza del 21 giugno 1951, accogliendo le conclusioni del p.m. Reviglio della Veneria, prese le distanze rispetto ai giudicati anteriori alla Costituzione, e fondò l'accoglimento del ricorso sia sulla *ratio* della scarcerazione automatica, intesa come garanzia della libertà del cittadino, sia sulla violazione dell'art. 375 c.p.p., sia sulla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 13 Cost.

Viceversa, le S.U. della Cassazione, dopo questa pronuncia la cui motivazione quanto mai brillante era stata lodata da giuristi anche di diversa estrazione (18), fecero marcia indietro e riesumarono la linea dura nei confronti degli imputati scarcerati in istruttoria, considerando legittimo un nuovo mandato di cattura nella sentenza di rinvio a giudizio.

Se è vero che, come si è affermato, « l'immaginario inquisitorio mal sopporta (…) l'idea che un soggetto gravemente indiziato, e sul quale pende la minaccia di una pena grave, possa sottrarsi al regime di custodia cautelare » (19), allora questa sentenza ne è la riprova. Essa è infatti chiara testimonianza, per usare un'altra locuzione del

(16) Leone 1947 p. 984.
(17) Sabatini 1949, Pezzatini 1949, Canino 1952.
(18) Manzini 1951, Sabatini 1953.
(19) Garapon 2007, p. 152.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

giurista francese, di una cultura di « rigenerazione dell'ordine » o, come avrebbe osservato Vassalli con severa riprovazione, di una mentalità persistente della magistratura, ostile alle garanzie della libertà in nome di esigenze di difesa penale o, come si sarebbe detto con pregnante terminologia negli anni Settanta, di tutela della collettività. Senza voler qui riesaminare i termini della questione, basti accennare al fatto che la Cassazione motivava il rigetto del ricorso sostenendo l'inesistenza del diritto dell'imputato alla libertà personale dopo il periodo istruttorio, dichiarando nel contempo il valore meramente programmatico dell'art. 13 Cost., e attribuendo alla custodia preventiva finalità « non solo d'ordine cautelativo processuale, ma anche d'ordine etico-sociale intese ad attenuare l'allarme tenuto desto nel pubblico dal mantenimento in istato di libertà delle persone indiziate di gravi reati ».

Questa sentenza, che inaugurò un indirizzo giurisprudenziale destinato a perseverare fino alla novella del 1970, diede luogo ad un nuovo periodo di studi sulla custodia preventiva, che s'intrecciò con le coeve iniziative di riforma processuale. Il denso commento critico di Vassalli può essere considerato la sintesi del percorso fino ad allora compiuto dalla scienza e il punto di partenza di un pensiero coerente che avrebbe trovato espressione più compiuta in altri lavori del giovane professore-avvocato. Mi sembra che, a proposito di questo intervento, si debbano richiamare all'attenzione almeno quattro punti fondamentali: 1. l'uso della storia, e in particolare della dottrina e della giurisprudenza fioriti durante la vigenza del codice Finocchiaro-Aprile, come argomento da opporre agli avversari del garantismo; 2. il richiamo agli indici positivi in funzione garantistica (l'art. 275 c.p.p.) già contenuti nel codice Rocco; 3. l'attacco al metodo ermeneutico della Cassazione, incurante del divieto di analogia e carente sotto il profilo di quelli che, con il linguaggio di Amato, potrebbero chiamarsi i « ponti dell'interpretazione sistematica » ([20]); e infine, ma si tratta del profilo più importante, 4. la dimensione costituzionale emergente dalla critica decisa alle tesi della Cassazione, sulla mancanza di unità e sulle finalità della custodia preventiva: e qui troviamo la prima manifestazione di tante

([20]) AMATO 1967, p. 361.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

idee che rimarranno un motivo conduttore costante dell'insegnamento vassalliano e di altri autori a venire. Tali assunti meritano di essere attentamente considerati. 1. L'art. 13 Cost. sanciva « in maniera insuperabile » l'*unità* dell'istituto e quindi l'interprete non poteva arbitrariamente distinguere due tipi di carcerazione preventiva, una durante l'istruttoria e una dopo il rinvio a giudizio, e riconoscere il diritto di libertà personale solo nella prima fase e non nella seconda (ammesso che fossero scaduti i termini massimi di custodia fissati dalla legge). 2. L'impossibilità di conciliare già con il sistema del codice l'idea che fondamento della scarcerazione automatica fosse l'incertezza della prova, così da giustificare la custodia preventiva anche in mancanza di esigenze istruttorie o di pericolo di fuga, dopo il rinvio a giudizio, sulla base del solo convincimento di una maggiore probabilità di commissione del reato. 3. Il rifiuto netto di ammettere tra le finalità della custodia preventiva anche la reazione all'allarme sociale: ostilità che, come Vassalli rispettosamente osservava, poteva farsi risalire anche ad un autore influente, ma non certamente tra i più aperti nei confronti della libertà personale, come Manzini, che nel suo monumentale *Trattato* in un passo « giustamente celebrato » (21), si era chiaramente espresso contro simile concezione. 4. L'inequiparabilità della scarcerazione alla libertà provvisoria.

6. *Le prime riforme e il ruolo dei convegni (1950-1955).*

Dopo quella data, Vassalli si dedicò ancora al tema della custodia preventiva, affrontandone i nodi in una relazione ben più ampia e dettagliata, che fu presentata al Convegno di Bellagio del 1953, una delle più grosse occasioni di dibattito del primo periodo di riforme.

Per capire l'importanza dell'evento, bisogna fare un piccolo passo indietro, ai lavori aperti del cantiere delle riforme. L'iniziativa era stata avviata fin dal gennaio 1945, quando aveva incominciato ad operare la commissione istituita dal ministro Tupini che, dopo alterne vicende, ebbe come presidente Gaetano Miraulo e in seguito Alfredo Jannitti Piromallo, e contò tra i suoi componenti studiosi

(21) MANZINI 1943, III, n. 353, p. 528, e successive edizioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

come Giovanni Leone, Giuseppe Sabatini, Enrico Altavilla. In varie tappe, dalla fine del 1946 all'agosto del 1949, essa riuscì a giungere alla stesura di un progetto che, secondo l'autorevole parere dello stesso Leone, rappresentò il punto di riferimento costante dei tentativi di riforma che seguirono fino alla legge 18 giugno 1955 (22).

La partita della riforma processuale, una volta avviata su impulso del potere politico, s'incontrò con la sollecitudine della dottrina: ad essa era toccata la responsabilità di salvare il codice, nell'ambito della strategia delle modifiche al codice, e non della sua totale revisione; ad essa in un certo senso spettava anche il compito di suggerire al potere politico quali riforme attuare per rendere più democratico e liberale il codice, anche in appositi incontri, come il Congresso nazionale-giuridico forense del settembre-novembre 1947, che fu un evento di portata capitale nel panorama del dopoguerra.

Esso si tenne simbolicamente (23) a Firenze « nella città che è oggi brano di carne viva strappato dal corpo martoriato della Patria nostra » (24), come disse Adone Zoli allora presidente dell'Ordine degli avvocati di Firenze. Non dimentichiamo che tra i partecipanti c'era Piero Calamandrei, presidente del Cnf (25). In quella solenne circostanza, il tema della riforma del codice di procedura penale fu affrontato, come anche Orlandi ha ricordato, da Giovanni Leone, ago della bilancia della strategia di defascistizzazione del codice (26), in una relazione le cui linee saranno riprese nella prolusione napoletana del 1948: un vero manifesto degli obiettivi della riforma del codice di procedura penale, in uno sforzo di equilibrio tra pulizia della reputazione del codice e forzata ammissione della sua politicità (27) e che sarà ripreso dallo stesso autore e richiamato costantemente nei meandri dell'accidentato percorso.

Nella sua relazione, Leone, insisteva allora soprattutto sulla necessità di rendere stabile, inserendola nel codice, la fissazione dei

(22) Leone 1961, I, p. 111 nt. 32; Conso 1989, p. 4 s.
(23) Alpa 2008.
(24) *Atti Firenze* 1947, p. 37.
(25) Sul cui pensiero in quella sede v. Grossi 2009.
(26) Lacchè 2010.
(27) Miletti 2010, p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

termini massimi di custodia nel periodo istruttorio e di attuare la garanzia giurisdizionale ampliando i diritti di impugnazione dell'imputato ([28]), in ossequio all'art. 111 della Costituzione, di cui il giurista napoletano avrebbe rivendicato con orgoglio la paternità, ribadendo che « il futuro codice processuale penale, se non vorrà tradire le nostre aspettative soffuse di ansia liberale (…) dovrà porsi su questa linea di maggiore, più sostanziale rispetto al diritto di libertà dell'imputato » ([29]).

Queste prese di posizione (confluite in appositi voti, relativi a molteplici questioni, sia nel 1947 che nel 1949, al secondo Congresso nazionale forense di Roma) influirono sul Progetto di modificazioni del codice, licenziato nel 1950 dalla commissione sopra menzionata. Esso si manteneva però nel solco della tradizione opportunamente rivisitata, poiché, per stessa confessione dei suoi artefici, la riforma cercava semplicemente di realizzare un coordinamento con la Costituzione e le norme speciali va via approvate nel tempo, incorporandole nel codice, ma senza trasformazioni profonde. La tesi della riforma parziale aveva ormai preso il sopravvento,come avrebbe osservato quindici anni dopo Giovanni Conso all'Accademia delle Scienze di Ferrara, quando il dilemma 'riforma totale o parziale?' era ritornato prepotentemente alla ribalta dopo che la novella del 1955 aveva trasformato il codice in un « codice mutilo, per non dire sconvolto ».

Perché tanta circospezione nel 1950? « I codici respirano l'atmosfera delle costituzioni che ne sono i presupposti », leggiamo nella relazione, ma solo « quando la formazione dello spirito costituzionale è compiuta, sicché questo è reso evidente, riesce più facile tradurre in leggi ordinarie i precetti che a quello s'informano e dare norme che si armonizzano con le reali esigenze del Paese » ([30]). Di conseguenza, non si compirono tutti i passi necessari per dare piena attuazione ai precetti costituzionali. Non poco, tuttavia, dato il clima politico, si fece: si introdusse l'obbligo di motivare i provvedimenti restrittivi della libertà personale; si recepì il principio dell'art. 111 Cost.; si fissarono limiti massimi di durata della custodia preventiva

([28]) LEONE 1947, p. 1000.
([29]) LEONE 1948, p. 70.
([30]) LEONE 1961, p. 108.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

per tutte le fasi processuali; si estese la misura anche ai reati per i quali la cattura era obbligatoria; si dispose lo scomputo della detenzione sofferta anche in caso di condanna per un reato diverso.

Certo, non solo quei termini erano più alti rispetto al 1944 (la « provvidenza legislativa » trasformata in una « bolla di sapone », avrebbe detto Lucchini), ma si volle conservare il mandato di cattura obbligatorio, anche se in un minor numero di casi, e non si modificò il correlato divieto di concedere la libertà provvisoria. Giuseppe Guarneri poté così manifestare tutta la sua delusione al riguardo, con riferimento al problema della durata della custodia preventiva, irridendo alla vanificazione delle grandi promesse della Costituzione (31), sopraggiunte alle « leggi emanate alla spicciolata » nell'immediato dopoguerra: sarebbe stato meglio « non limitarsi ad introdurre modificazioni parziali, in singole disposizioni, lasciando in vita tutte le rimanenti come se il vino nuovo introdotto in botti vecchie non corresse il rischio di alterarsi » (32).

Comunque, il progetto non divenne legge, anche se non restò lettera morta. Venne infatti l'epoca di nuove iniziative legislative, tra le quali spicca il disegno di legge Zoli del 1952: anch'esso tuttavia, benché largamente ispirato a quello che allora si definiva ancora, con espressione discutibile (33), *favor libertatis*, non compiva decisivi passi in avanti verso una compiuta attuazione della Costituzione. Tolta infatti la ripresa di innovazioni già contenute nei precedenti progetti, di cui compiva un proficuo salvataggio, esso soffriva ugualmente di grossi limiti.

Essi furono lucidamente evidenziati, per quanto concerne la custodia preventiva nel suo complesso, da Giuliano Vassalli nella citata occasione di dialogo, che rappresentò il momento più decisivo del vasto sforzo aggregativo compiuto dalla scienza giuridica coeva. Si tratta del convegno nazionale organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale *Di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, che si tenne a Bellagio e a Milano nell'aprile e

(31) Si noti tuttavia che Giuliano Vassalli si dichiarò in totale disaccordo con il professore parmigiano, che avrebbe preferito, a questa stregua, tacere dei termini massimi di custodia preventiva (1954, p. 142).

(32) Guarneri 1950, p. 455.

(33) Amato 1967, Chiavario 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

novembre del 1953: un incontro « grandioso » e « organizzato alla grande », secondo il recente giudizio di Giovanni Conso (34), il cui lusinghiero epiteto cattura l'attenzione e contribuisce a consolidarlo nella memoria storica come una tappa essenziale di un lungo cammino.

Nella relazione di Vassalli l'accento veniva posto, con la consueta chiarezza, su tutti i punti critici di un regime processuale ancora estremamente carente di garanzie per l'imputato. Mi limito a evidenziare tre motivi essenziali di disapprovazione del disegno Zoli. 1. Confinava la scarcerazione automatica al solo periodo istruttorio, in base ad un'errata interpretazione restrittiva dell'art. 13 Cost. 2. Non aboliva il mandato di cattura obbligatorio (misura molto criticata a Bellagio da Frisoli e per la cui soppressione si erano espressi anche Carnelutti, Nuvolone e Vassalli), senza rivedere le categorie di reati ai quali si applicava (35). 3. Manteneva, anche in questi casi, il divieto di libertà provvisoria, senza spezzare una 'correlazione' che da più parti si era cercato di superare (36).

Ma al di là delle soluzioni tecniche, certamente originali e che sono rivolte a interpolare scrupolosamente nel codice le necessarie modifiche garantistiche, secondo una tecnica che sarà seguita anche dieci anni più tardi a Lecce da Giandomenico Pisapia, non dobbiamo dimenticare che, in quel consesso, Vassalli levò alta la sua voce per stigmatizzare l'intreccio paradossale che si era venuto a creare tra l'incredibile lentezza del processo penale italiano e la condizione dell'imputato che, proprio a causa di tale disfunzione, finiva per essere fatalmente assimilato al condannato (37). Parole di elevato spessore etico e civile, reiterate negli anni a venire, da molti prese a modello (38).

---

(34) Conso 2010, p. 14.

(35) Il mandato di cattura obbligatorio sarà soppresso solo dalla l. 5 agosto 1988 n. 330.

(36) La rottura di questa simmetria si deve alla l. 15 dicembre 1972 n. 772, alla quale furono poi apportate vistose deroghe nel periodo dell'emergenza.

(37) Vassalli 1953, p. 107 s. Amare riflessioni ripetute in Vassalli 1954, p. 109 s. e ben presenti a Pisapia 1965, p. 78. È significativa anche la testimonianza resa nel Convegno milanese sull'inconscio inquisitorio: Vassalli 2010, p. 18.

(38) Cf. ad es. Cordero 2001, p. 461: « Le macchine repressive sono meno riformabili degli Stati, perché toccano un metabolismo sociale profondo; a simili livelli le metamorfosi politiche contano relativamente poco ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Nel 1954, le considerazioni del professore-avvocato furono presentate in forma più distesa in uno scritto fondamentale, dedicato alla riforma della custodia preventiva, che all'esordio presentava una trattazione approfondita delle finalità del rimedio, alla luce della Costituzione: un passo preliminare e decisivo verso un'interpretazione costituzionalmente orientata del codice e del sistema nel suo complesso. Era difatti sulla base solida di quella iniziale disquisizione che Vassalli poteva con determinazione e coerenza ridelineare le sue proposte. Punti fermi della posizione di Vassalli erano la decisa negazione dell'assimilazione dell'imputato al colpevole, la non equiparabilità tra custodia preventiva e pena, l'esclusione dall'orizzonte delle sue finalità sia della reazione all'allarme sociale sia dell'esemplarità (e in certa misura anche dello scopo di prevenzione speciale), l'unità dell'istituto (che imponeva la tensione verso la sua applicazione anche alla fase del giudizio), il collegamento con l'art. 27 Cost. (che non tutti i processualisti saranno inclini ad ammettere anche in futuro ([39])).

Quanto alle riforme sostenibili, Vassalli aveva le idee chiare: seppure fossero configurabili interventi di vario tipo, occorreva concentrare gli sforzi sugli obiettivi ai quali, realisticamente, si poteva sperare di giungere nei tempi più brevi.

Il nucleo del discorso finiva dunque per essere un invito a concentrarsi sui presupposti e sulla durata della custodia preventiva. Vassalli invece riteneva all'epoca « non concretamente possibile », sebbene « desiderabile », la « introduzione di un vero e proprio sistema di *habeas corpus* (cioè di immediato controllo sulla legittimità della cattura da parte di un organo diverso da quello che alla cattura abbia proceduto): « troppo lontano dal nostro sistema processuale vigente per poter essere preso in seria considerazione tra i progetti di riforma aventi possibilità di attuazione » ([40]).

D'altra parte, nella asserita impraticabilità di questo tipo di controllo ([41]), l'introduzione di « limiti massimi legali di durata per

([39]) VASSALLI 1977.

([40]) VASSALLI 1954, p. 113.

([41]) Che in Italia sarà introdotto solo dalla l. 12 agosto 1982 n. 532, indice di un'inversione di marcia rispetto all'emergenza, che non sfuggirà all'occhio vigile di VASSALLI 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ogni carcerazione preventiva in ogni fase del procedimento » gli appariva ancora uno strumento « più efficiente » di altri. Un pragmatismo che gli faceva dichiarare tutta la sua « simpatia » per il rimedio della responsabilità civile del magistrato di fronte ad errori o abusi della carcerazione preventiva, ma anche confessare « un certo scetticismo sulla loro realizzabilità in Italia ». Proprio quella era la soluzione sulla quale viceversa avrebbe continuato ad insistere nello stesso periodo, con fiduciosa e incrollabile convinzione, un fervido ammiratore dell'*habeas corpus* inglese come Achille Battaglia.

La legge del giugno 1955 non apportò trasformazioni incisive al quadro fin qui tracciato, tanto più che essa venne intesa come un traguardo rispetto alle rivendicazioni anteriori, l'epilogo provvisorio di una lunga attesa.

7. *Nuove fasi storiche: dalle riletture costituzionali al periodo dell'emergenza.*

Ricapitolando: vivaci resistenze da parte della magistratura e in particolare della corte suprema di Cassazione all'attuazione della scarcerazione automatica, anche dopo il riconoscimento costituzionale di questo come di altri diritti (42), a riprova del fatto che, molti anni dopo, all'eminente maestro, qui più volte citato, verrà fatto di dire che « la conquista effettiva di questi diritti è stata molto difficile: nei fatti, nelle leggi e nelle sentenze dei giudici » (43).

L'abuso della carcerazione preventiva era dovuto ad una mentalità che continuava a non riconoscere nella sua pienezza il diritto di libertà personale: uno dei « tratti permanenti » del sistema processuale, una « continuità nella discontinuità costituzionale », si potrebbe dire, utilizzando la calzante terminologia coniata dalla ingegnosa penna sbriccoliana (44).

La Cassazione avallò questo orientamento. Di più: ne assicurò costantemente l'osservanza fino al 1970, data fatidica della storica pronuncia della Corte costituzionale 4 maggio n. 64, che costrinse il

(42) Vassalli 1957.
(43) Vassalli 1989a, p. 739.
(44) Sbriccoli 1998, p. 534.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Governo ad emanare precipitosamente il d.l. 1° maggio 1970 n. 1972, poi convertito nella legge 1° luglio 1970 n. 406: « da quel giorno non vi è più stata pace nella legislazione e nella giustizia penale italiane » (45). Ancora nel dicembre 1969, quella linea giurisprudenziale non passava inosservata allo sguardo attento dei commentatori.

Nel frattempo, dalla fine degli anni Sessanta, si era aperta decisamente una nuova stagione, che vide la dottrina più pronta a valorizzare la normativa europea e internazionale, e a rileggere il sistema alla luce della Costituzione.

Sul primo evento, mi limito ad osservare che la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel 1955 non ebbe immediata influenza sui metodi interpretativi del diritto vigente, al punto che la discussione sull'efficacia delle norme internazionali rispetto all'ordinamento nazionale prese slancio solo a partire dalla fine degli Sessanta, con lavori che tutti conoscono: cito per tutti l'ampio saggio di Amodio del 1967, ma va ricordato naturalmente anche il ricco percorso scientifico di Pisani, Chiavario, Conso.

Nello stesso periodo, si moltiplicarono gli interventi dottrinali di critica al codice, fondati sull'uso sistematico della Costituzione allo scopo di aggredire le tracce inquisitorie presenti nel tessuto normativo. Un nuovo livello di legalità ormai affiorato consolidava, nella sensibilità dei giuristi dell'epoca, il collegamento rigoroso tra custodia preventiva e presunzione di non colpevolezza, e riportava alla ribalta il problema delle funzioni (con il ripudio categorico della finalità di prevenzione speciale, altrimenti detta punitiva o sostanziale). Sono gli autori che Orlandi ha indicato come principali attori sulla scena di un rinnovamento del metodo degli studi processualpenalistici, che si può cogliere nella prospettiva di un duplice recupero, della dimensione storica del diritto processuale penale e della sua vocazione costituzionale, proprio nel momento in cui nuove forme di criminalità mettevano a repentaglio i princìpi che Sbriccoli, in modo impareggiabile, chiama del penale basico o della civiltà (46): per la particolare rilevanza del loro pensiero in materia di libertà personale, si possono rammentare i lavori di Elia sulle misure

(45) Vassalli 1989b, p. 755.
(46) Sbriccoli 1998, p. 541.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di prevenzione, di Amato, Amodio, Grevi, Pisani, Chiavario, Illuminati, Cordero. Naturalmente, nel corso di questa epoca molto articolata al suo interno (si può ricordare anche la spinta verso l'interpretazione conforme a Costituzione data dal congresso dell'Associazione nazionale magistrati di Gardone del 1965), si attua un recupero di molte posizioni anteriori, sia del pluricitato Vassalli (47) (che comunque si distingue da questo fronte dottrinale per alcuni divergenze) sia di Pisapia (48), e quindi si intensifica il dibattito su tutta una serie di problemi ancora aperti e urgenti anche negli anni Sessanta e Settanta, come la costituzionalità del mandato di cattura obbligatorio (con ripresa energica delle tesi abolizioniste dei primi anni Cinquanta); i presupposti dei provvedimenti restrittivi della libertà e il connesso obbligo di motivazione; la sempre incombente questione della cattura dell'imputato già scarcerato in istruttoria con la sentenza di rinvio a giudizio e la controversia sulla scarcerazione in fase di giudizio dell'imputato non scarcerato in istruttoria per decorrenza dei termini massimi (49); la disciplina eccessivamente rigorosa della libertà provvisoria; il regime delle impugnazioni e la mancanza di un riesame nel merito dei provvedimenti restrittivi e via dicendo, in una prospettiva volta a rendere sempre più eccezionale la limitazione della libertà personale nel processo penale e più effettive le garanzie individuali.

Nei primi anni Settanta, tuttavia, comincia anche un'inversione di tendenza nell'itinerario delle garanzie, all'insegna della « tutela della collettività » (50) o, con formula analoga, della « difesa sociale » (51). Questa fase cruciale è segnata, per usare le parole di un grande maestro, da una distorsione dei fini della custodia preventiva, dal « pericoloso equivoco di ritenere che la custodia preventiva debba essere un mezzo per agevolare la ricerca della prova, mentre alla custodia preventiva si deve ricorrere solo quando siano già acquisiti i sufficienti indizi di reità »; in altri termini, nell'adeguare la

(47) Vassalli 1954.

(48) Pisapia 1965.

(49) Conso 1957, Pisani 1959, Cordero 1961, De Luca 1962; da contrapporre alla chiusura di Leone 1961, II, p. 292, nt. 83.

(50) Vassalli 1977.

(51) Grevi 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

custodia preventiva alla lunghezza e alla lentezza patologica del processo. La prassi tornava a dettare le regole. Così, mentre si notava la « tendenza del diritto penale sostanziale a depenalizzarsi », si registrava con preoccupazione la strumentalizzazione del processo penale a fini punitivi, « una tendenza inversa del processo penale: diminuiscono le pene e aumentano i termini di custodia preventiva » (52). A tanto, nel contesto di una congiuntura criminale particolare, era arrivata la famosa mentalità da tempo rilevata da Vassalli, congiunta ad una *Realpolitik* di cui non poteva dirsi immune, purtroppo, neanche la Corte costituzionale: un fenomeno su cui una coraggiosa processualpenalistica civile non mancò di soffermare l'attenzione (tra i tanti: Ghiara, Illuminati, Conso, Grevi, Chiavario, Nobili). Cade in questo stesso periodo la legge delega del 1974, teoricamente espressione di una politica opposta a quella ispiratrice della legislazione sull'ordine pubblico, ma al cui interno si erano pericolosamente insinuati, stravolgendo il programma, frammenti dell'altro « universo normativo », anche in tema di custodia preventiva, tanto da far parlare di « schizofrenia legislativa » e di « metastasi della controriforma » (53). Aveva quindi ragione Sbriccoli, quando definiva acutamente la legislazione speciale degli anni Settanta un « arcipelago normativo », sorto per emarginare i princìpi basilari di civiltà e non per salvaguardarli, a differenza del modello storico dei provvedimenti di emergenza (54).

Un'ulteriore fase evolutiva si sarebbe schiusa solo più tardi, con la legge del 1982 istitutiva del tribunale della libertà, e con la l. 28 luglio 1984 n. 398, quando, dopo dieci anni di continua ascesa dei termini massimi, vi fu una virata, coincidente anche con un mutamento lessicale: da 'preventiva' la custodia divenne 'cautelare' (55).

Ci sarebbe poi un altro capitolo importante da affrontare, concernente il ruolo della Corte costituzionale. La quale intervenne nel 1970 con una storica sentenza nella quale, pur ammettendo la costituzionalità del mandato di cattura obbligatorio, sancì l'incostituzionalità dell'art. 253 c.p.p. « nella parte in cui tale disposizione

(52) Pisapia 1983.
(53) Dominioni 1982.
(54) Sbriccoli 1998, p. 539.
(55) Cordero 2001, p. 464.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

esclude l'obbligo della motivazione in ordine alla sussistenza di sufficienti indizi di colpevolezza », dell'art. 272 c. 1, che fissava termini massimi di carcerazione preventiva solo nella fase istruttoria, e infine dell'art. 375 c. 2, « nella parte in cui impone o consente l'emissione del provvedimento di cattura dell'imputato anche quando questi sia scarcerato a seguito della decorrenza dei limiti fissati nell'art. 272 » (56).

Dopo la legge 1° luglio 1970, che inaugurò a sua volta una fase nuova dei rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale, apparendo scritta quasi sotto dettatura della Corte (a rimorchio della Corte, come ebbe ad osservare Vassalli in un suo discorso alla Camera), la giurisprudenza prese un altro indirizzo. Nel frattempo, tuttavia, il quadro normativo era cambiato, in virtù del nuovo comma 10 dell'art. 272 c.p.p. (57)

Era la modifica del codice tante volte invocata in passato: solo che, nel nuovo sistema normativo scaturito dalla novella, lungi dal risolvere la questione, la complicò, in modo tale da indurre la Corte costituzionale a dichiararne l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. (58).

La Corte, tra l'altro, definiva la propria interpretazione « opportuna quale rafforzato presidio di difesa sociale », scatenando con « tale *petite phrase* » (59) il riaccendersi della disputa intorno al problema delle finalità della custodia preventiva.

Erano iniziati gli anni dell'emergenza e con essi il 'doppio livello di legalità' (60), tipico della storia italiana, avrebbe fatto sentire pesantemente i suoi contraccolpi anche sulla durata della carcera-

---

(56) Corte cost. 4 maggio 1970 n. 64, pres. Branca, rel. Capalozza, in *Giur. cost.*, XV, 1970, p. 663-684. La Corte ribadirà la sua convinzione riguardo al mandato di cattura obbligatorio nella sent. 30 gennaio 1974 n. 21, pres. Bonifacio, rel. Capalozza, in *Giur. cost.*, XIX, 1974, p. 80-84.

(57) « Contro l'imputato scarcerato per decorrenza dei termini stabiliti dal presente articolo non può essere emesso nuovo mandato o ordine di cattura o di arresto per lo stesso fatto ».

(58) Corte cost. 23 gennaio 1974 n. 17, pres. Bonifacio, rel. Capalozza, in *Giur. cost.*, 1974, p. 57-61.

(59) Pizzorusso 1974.

(60) Sbriccoli 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

zione preventiva e quindi sull'art. 272 c.p.p., « la disposizione più macerata e tormentata di modifiche della nostra storia recente » (61).

8. *Chiosa minima sulla travagliata gestazione di un processo senza istruzione.*

Come dimostra in modo lampante la vicenda della scarcerazione automatica (e non solo questa), le resistenze della magistratura, e in particolare della Cassazione, al rinnovamento del processo penale furono dunque notevoli (62), pur con le debite eccezioni. Dal 1956, emergerà sempre di più l'importanza e la centralità della Corte Costituzionale, a far da mediazione tra le istanze costituzionali e la realtà di un sistema penale capace di innalzare barriere tenaci al cambiamento, non senza battute d'arresto, incertezze e perfino regressi, come si è visto (63).

Restava, a fare blocco e a spingere verso un rovesciamento di mentalità, un'ala più avanzata della processualpenalistica, di timbro costituzionale e di impegno civile, certamente ancora in embrione, ma non aliena dal far sentire la propria voce per il risanamento della procedura penale italiana, la « grande invalida » (64).

Parte di quella dottrina, è vero, nel primo periodo della 'seconda vita' del codice Rocco (65) aveva avuto certamente la responsabilità di sostenere la perdurante validità del processo pseudo-misto (66), minimizzando i contenuti 'politici' del codice e salvandone insieme all'impianto sistematico e alla chiarezza delle norme, anche

---

(61) Vassalli 1989b, p. 756; cfr. anche 1988b, p. 707.

(62) Lo sfogo vassalliano a Bellagio nel 1953 rimane la più eloquente testimonianza dello stato d'animo dei giuristi più cólti del tempo: « Diventa pertanto lecito domandarci se tutti i giudici penali italiani, incaricati dell'istruzione, si rendano conto dello spirito di cui è pervasa la Costituzione repubblicana del 1948 in materia di libertà personale o non tendano invece a interpretazioni restrittive incompatibili con le rinnovate concezioni giuridiche » (p. 110).

(63) Vassalli 1989b, p. 751.

(64) Delitala 1960, p. 287.

(65) Vassalli 2010.

(66) Vassalli 1994, p. 807. Si noti che, in questo saggio, l'Autore, pur senza negare la novità del rito introdotto dal codice del 1989, lo definiva ancora processo 'misto' : « il sistema attuale è invece misto, ma in tutt'altro senso. In esso tendono a dominare sin dall'inizio alcuni dei caratteri propri del sistema accusatorio, ma durante tutto il suo

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

non irrilevanti contenuti contrastanti con una vera e propria cultura dei diritti (67).

Se in queste pagine ho posto l'accento sul diritto di libertà personale, pensiamo per esempio alle parallele vicende del diritto di difesa nell'istruzione, direttamente connesse con la forma del processo, su cui ha insistito Orlandi: un nodo di problemi che veniva da lontano (68). Ma anche a questo proposito, si deve accogliere l'invito a scavare nella storia dei primi decenni repubblicani, nei quali pochissimi, all'inizio, erano convinti della necessità di cambiare la procedura penale facendole assumere forme accusatorie con una salutare immersione nelle acque del Tamigi. Nella schiera di questi antesignani, cuore pulsante di una 'nobiltà del diritto', non esiterei a collocare, di nuovo, Achille Battaglia.

La via di mezzo del processo c.d. misto, tuttavia, era ancora la prospettiva più seducente e convincente, difesa energicamente anche con la forza della tradizione (69) e senza timore di conservare, seppure non *in toto*, determinati tratti 'inquisitori' del codice.

Mancava, ancora negli anni Sessanta, malgrado l'*exploit* di Carnelutti e la coerente difesa del giovane Cordero, un consenso generale intorno ad un « processo senza istruzione vera e propria » (70).

Basterebbe citare, a tal proposito, i tanti interventi di Giovanni Leone, che avevano oltre tutto il pregio di essere espressi con linguaggio chiaro, anche sulla stampa, contro « il salto deciso e radicale verso un'accettazione integrale del sistema accusatorio » (71), contro « innovazioni non mature e controproducenti » (72), contro lo schema Carnelutti del 1963, rischiosa deviazione dai princìpi-guida del progetto del 1950 (73), senza dimenticare il

---

corso si inseriscono caratteri del processo inquisitorio o comunque caratteri non riconducibili ai principii del rito accusatorio ».

(67) Sbriccoli 1999.

(68) Miletti 2007.

(69) Pifferi in questo volume.

(70) Vassalli 1988, p. 726.

(71) Leone 1962b, p. 228.

(72) Leone 1964a, p. 203.

(73) Leone 1964b, p. 295.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

programma delineato nella relazione al XIII Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani del 1961 (74).

Basterebbe leggere le parole equilibrate di Giovanni Conso, nella serrata relazione di sintesi del convegno di Lecce-Bellagio del 1964, un'altra importante occasione di confronto patrocinata dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, la cui centralità è stata giustamente ricordata da Renzo Orlandi.

Ci si dichiarava d'accordo nell'unificare l'istruttoria, ma ci si tornava a dividere sul come: « dominava soprattutto la condanna di alcuni aspetti del sistema vigente; non ancora, se non in modo perfino confuso e generico, vi era una chiara ed univoca scelta delle formule per una sua sostituzione » (75). Una condanna parziale e non complessiva del sistema. Parlando nel 1967 al Congresso nazionale giuridico forense di Venezia, Conso rievocò anche il clima pesante che si respirava qualche anno prima, al tempo del Convegno della Fondazione Cini a S. Giorgio del settembre 1961: « l'atmosfera di allora era profondamente diversa. Nessuno voleva ammettere le proprie responsabilità. Guai a criticare l'una o l'altra categoria di operatori giuridici, l'una o l'altra forza politica! ».

Il seme però era stato gettato e avrebbe dato qualche frutto a partire dai primi disegni di legge-delega del 1963: « tentativi piuttosto timidi, oltre che contraddittori » (76). Fu allora che ebbe inizio la lunga stagione del garantismo inquisitorio, nella quale la controriforma dell'emergenza produsse le sue ferite. Una stagione complessivamente votata al fallimento, malgrado tante conquiste e battaglie vinte, come ammise con franchezza anche uno dei più esigenti riformatori come Vassalli, che ne fu tra i massimi e intraprendenti protagonisti (77), ma che sembrava allora l'unica via percorribile e realistica, in mezzo a tanti freni, e che investiva il suo capitale di energie nella dottrina, nella « lunga marcia dei giuristi per un processo penale più umano e più giusto », confidando nell'evoluzione, seppur lenta, verso mete più ambiziose.

---

(74) Leone 1962a.
(75) Vassalli 1994, p. 801.
(76) Vassalli 1988, p. 726.
(77) Vassalli 1988a, p. 728.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Riferimenti bibliografici

ALPA G. (2008), *Introduzione*, in *Atti Firenze* 1947, p. 15-25.

AMATO G. (1967), *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano: Giuffrè.

AMODIO E. (1967), *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s., X, p. 841-891.

Atti Bellagio-Milano 1953: *Atti del Convegno nazionale Di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale* (1954), Milano: Giuffrè.

Atti Catania 1982: *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori*, *Atti del Convegno* (1983), Milano: Giuffrè.

Atti Firenze 1947: *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra, settembre-novembre 1947* (2008), a cura di G. Alpa-S. Borsacchi-R. Russo, Bologna: Il Mulino.

Atti Lecce-Bellagio 1964: *Criteri direttivi per una riforma del processo penale* (1965), Milano: Giuffrè.

Atti Vassalli 2010: *Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte Costituzionale Giuliano Vassalli* (2010), Palazzo della Consulta 16 giugno 2010, Roma: Corte Costituzionale.

BALLESTRERO P. (1948), *Impugnabilità dell'ordine di cattura emesso con la sentenza di rinvio a giudizio contro l'imputato scarcerato per perenzione di termine-Nullità di tale ordine*, in *Riv. pen.*, LXXIII, p. 254-259.

BARTOLE S. (2004), *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna: Il Mulino.

BATTAGLIA A. (1947), *La libertà personale dei cittadini nella carta costituzionale*, in *Lo Stato moderno*, IV, 1947, n. 4, p. 80-83, ora in ID. (1988), p. 75-83.

BATTAGLIA A. (1949a), *Sulla libertà personale dell'imputato*, in *Riv. pen.*, LXXIV, 1949, I, p. 173-185.

BATTAGLIA A. (1949b), *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *Riv. pen.*, LXXIV, I, p. 617-627.

BATTAGLIA A. (1954), *Processo alla giustizia*, Bari: Laterza.

BATTAGLIA A. (1962), *I giudici e la politica*. Prefazione di A. GAROSCI, Bari: Laterza.

BATTAGLIA A. (1988), *Diritto e libertà. Scritti e discorsi di un giurista militante. Editi e inediti. 1944-1960*, a cura di G. Armani, Edizioni Archivio Trimestrale, Roma (Biblioteca dell'Istituto di studi per la storia del movimento repubblicano. Scrittori politici italiani, N. S., 4).

BATTAGLINI E. (1947), *Osservazioni sulla scarcerazione per decorrenza dei termini della custodia preventiva*, in *Giust. pen.*, LII, III, cc. 55-58.

CALAMANDREI P. (1955), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo (1945-1955). Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari: Laterza, p. 209-316.

CANINO A. (1952), *Sentenza di rinvio a giudizio e ordine di cattura dell'im-*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

putato scarcerato per decorrenza di termini, in *Giust. pen.*, LVII, III, cc. 761-764.

CASALINUOVO A. (1945), *Escarcerazione per perenzione di termini e nuova emissione del mandato di cattura con la sentenza di rinvio a giudizio*, in *Arch. pen.*, I, II, p. 294-297.

CHIAVARIO M. (1968), Favor libertatis, in *Enc. dir.*, XVII, p. 1-6.

CHIAVARIO M. (1969), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano: Giuffrè.

CHIAVARIO M. (1970a), *La scarcerazione automatica tra la scure della Corte Costituzionale e la restaurazione legislativa*, in *Giur. cost.*, XV, p. 665-684.

CHIAVARIO M. (1970b), *Costituzionalmente legittime le limitazioni all'operatività della scarcerazione automatica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s., XIII, p. 217-230.

CHIAVARIO M. (1974), *Scarcerazione automatica e riemissione del mandato di cattura: una* reformatio in peius *in nome del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, XIX, p. 548-554.

CHIAVARIO M. (1983), *La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino delle riforme*, in *Atti Catania* 1982, p. 75-109.

CHIAVARIO M. (1984), *Processo e garanzie della persona*, Terza edizione, II *Le garanzie fondamentali*, Milano: Giuffrè.

CHIAVARIO M. (1991), *"Cultura" italiana del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria"*, in *Studi Vassalli* (1991), p. 525-586.

CONSO G. (1957), *Scarcerazione per decorrenza dei termini e fase del giudizio*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, IV, p. 263-264, anche in CONSO G. (1969), p. II, cap. III.

CONSO G. (1965), *Relazione di sintesi del dibattito congressuale*, in *Atti Lecce-Bellagio* 1964, p. 311-334.

CONSO G. (1966), *La riforma del processo penale*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Ferrara*, anche in CONSO G. (1969), p. I, cap. I.

CONSO G. (1967), *Le responsabilità del Parlamento*, in *Atti del 9º Congresso nazionale giuridico forense*, Venezia-25-30 settembre 1967. Primo tema *Tempo e giustizia*. Secondo tema *I progressi della tecnica e il problema della colpa*. Terzo tema *Libera professione e uffici legali organizzati*, Padova 1969, Repliche e conclusioni dei relatori, p. 440-453, anche in CONSO G. (1969), p. I, cap. VI.

CONSO G. (1968), *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, XXXIII (II s.), 1968, p. 307-327, anche in CONSO G. (1969), p. I cap. VII.

CONSO G. (1969), *Costituzione e processo penale. Dodici anni di pagine sparse: 1956-1968*, Milano: Giuffrè.

CONSO G. (1970), *La nuova scarcerazione automatica*, in *Arch. pen.*, XXVI, II, p. 367-368.

CONSO G. (1980), *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

della collettività, ovvero la legge Reale tra politica e diritto, in *Giur. cost.*, XXV, p. 470-480.

Conso G. (1989), *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il Progetto preliminare del 1978*, Padova: Cedam, p. 3-75.

Conso G. (2010), Intervento del Presidente emerito Prof. Giovanni Conso, in *Atti Vassalli* 2010, p. 13-16.

Cordero F. (1961), *La scarcerazione "automatica" ed un problema di limiti preclusivi*, in *Temi*, XIX, 1961, p. 674 ss.

Cordero F. (1965), *Linee di un processo accusatorio*, in *Atti Lecce-Bellagio* 1964, p. 61-81.

Cordero F. (1986), *Guida alla procedura penale*, Torino.

Cordero F. (2001), *Procedura penale*, Sesta ed., Milano: Giuffrè.

De Luca G. (1962), *Custodia preventiva (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XI (1962), p. 587-593.

Delitala G. (1960), *Codice di procedura penale*, in *Enc. dir.*, VII, p. 284-287.

Dominioni O. (1982), *Un caso grave di schizofrenia legislativa: la coercizione dell'imputato fra riforma ed emergenza*, in *Politica del diritto*, XIII, 1982, p. 131-140.

Elia L. (1962), *Libertà personale e misure di prevenzione*, in Id. (2005), *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Introduzione di G. Zagrebelsky, Milano: Giuffrè, p. 429-532.

Elia L. (1964), *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, IX, p. 938-953.

Galati A. (1991), *La libertà personale dal codice Rocco al codice Vassalli*, in *Studi Vassalli* (1991), p. 233-285.

Galiani T. (1975), *La scarcerazione automatica per decorrenza dei termini*, Napoli: Jovene.

Garapon A. (2007), *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire,* Paris 2001, ed. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, a cura di D. Bifulco, Milano: Raffaello Cortina Editore.

Garlati L. (a cura di) (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.

Ghiara A. (1974), *Presunzione di innocenza, presunzione di non colpevolezza e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.s., XVII, p. 72-101.

Goglia L. (1948), *Sulla inammissibilità del mandato di cattura nei confronti d'imputato escarcerato per decorrenza di termini*, in *Arch. Pen.*, IV, II, p. 307-309.

Grevi V. (1974), *In margine alla tavola rotonda maceratese su Carcerazione preventiva e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, XVII, p. 395-399.

Grevi V. (1976), *Libertà dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè.

Grevi V. (1977), *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

personale dell'imputato, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, 3, *Lo Stato-comunità. Le autonomie dei singoli e delle formazioni sociali. Le autonomie influenti sulla politica generale dello Stato*, Milano: Giuffrè, p. 533-586.

GREVI V. (1981), *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, LXXXVI, III, cc. 585-606.

GREVI V. (1983), *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Atti Catania* 1982, p. 27-73.

GRIFFO D. (1949), *Scarcerazione per decorrenza di termini (Note di riepilogo)*, in *Giust. pen.*, LIV, III, cc. 492-497.

GROSSI P. (2009), *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, LXIII, p. 865-885.

GUARNERI G. (1950), *Osservazioni sul progetto di modificazioni per l'aggiornamento del Codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, VI, I, p. 453-472.

ILLUMINATI G. (1973), *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art. 2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, XVI, 1973, p. 603-627.

ILLUMINATI G. (1976), *Una discutibile interpretazione della presunzione di non colpevolezza: la recente riforma della libertà provvisoria davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, XXI, I, 2, p. 1657-1673.

ILLUMINATI G. (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli.

LACCHÉ L. (2010), *Sistemare il terreno e sgombrare le macerie. Gli anni della "Costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in GARLATI (2010), p. 271-304.

LEONE G. (1947), *Problemi contingenti di riforma* (relazione al Congresso nazionale giuridico-forense di Firenze del 1947), in *Arch. pen.*, III, I, p. 442-470, in *Riv. pen.*, LXXII, p. 978-1009, anche in LEONE G. (1964c), p. 113-161.

LEONE G. (1948), *Linee generali di una riforma nel processo penale*, Prolusione al corso ufficiale di procedura penale nell'Università di Napoli tenuta il 16 gennaio 1948, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* I, p. 219-247, anche in LEONE G. (1964c), p. 43-75.

LEONE G. (1961), *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli 1961; II, *Svolgimento del processo penale. Il processo di prima istanza*, Napoli: Jovene.

LEONE G. (1962a), *Garanzie nel processo penale* (relazione al Convegno dei Giuristi Cattolici del 1961), in *Iustitia*, XV, p. 353-384, anche in LEONE G. (1964c), p. 163-190 e ATTI LECCE-BELLAGIO 1964, p. 133-155.

LEONE G. (1962b), *Processo inquisitorio o processo accusatorio?*, in *Il Mattino*, 20 dicembre 1962, anche in LEONE G. (1964c), 4, p. 225-231.

LEONE G. (1964a), *I punti centrali della riforma del processo penale* (prolu-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

sione all'inaugurazione del VII Anno Accademico dell'Istituto Internazionale di Studi Giuridici, Roma, 22 gennaio 1964), anche in LEONE G. (1964c), p. 191-204.

LEONE G. (1964b), *Prospettiva sintetica dei problemi di riforma*, II (Intervista a *Vita*, 11 marzo 1964), anche in LEONE G. (1964c), p. 294-300.

LEONE G. (1964c), *Intorno alla riforma del codice di procedura penale (Raccolta di scritti)*, Milano: Giuffrè.

LUCCHINI L. (1913), *Il nuovo codice di procedura penale*, II. *I fiori*, in *Riv. pen.*, LXXVIII, p. 512.

MACRÌ G. (1947), *Escarcerazione per decorrenza di termini e nuova emissione del mandato di cattura con la sentenza di rinvio a giudizio*, in *Arch. pen.*, III, II, p. 76-79.

MANZINI V. (1943), *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice* con prefazione di Alfredo Rocco ministro della Giustizia, Seconda edizione aggiornata e accresciuta, v. III, *Gli atti del processo penale*, Torino: Unione Tipografico-Editrice.

MANZINI V. (1946), *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, v. III, *Gli atti del processo penale*, Torino: Unione Tipografico-Editrice

MANZINI V. (1951), *Scarcerazione per decorso di termini*, Nota a Cass pen. III, 16.6.51 n. 1883, in *Giur. comp. Corte Supr. Cass., Sez. pen.*, s. II, XXXII, p. 32-33.

MILETTI M.N. (2007), *Ombre di inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *Quaderni fiorentini*, 36, II, p. 902-955.

MILETTI M.N. (2010), *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in GARLATI (2010), p. 57-107.

NOBILI M. (1981), *Processo penale: il "nuovo" volto di un'istituzione*, in *L'istituzione psicanalitica*, Milano, p. 113-127.

ONIDA V. (1977), *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, 4, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano: Giuffrè, p. 501-595.

ONIDA V. (1998), *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, a cura di L. CARLASSARE, Padova: Cedam, p. 177-190, ora in *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, t. III, Roma: Corte Costituzionale 2006, p. 1797-1807.

PALADIN L. (2004), *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna: Il Mulino.

PALAZZO F. (a cura di) (2010), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari: GLF editori Laterza.

PEZZATINI P. (1949), *Della perenzione dell'arresto e di alcune questioni ad essa conseguenti*, in *Giust. pen.*, III, cc. 164-170.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

PIFFERI M., *Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare*, in questo volume.

PISANI M. (1959), *Caducazione*, in *Enc. dir.*, V, p. 775-783.

PISANI M. (1970), *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. pen.*, IV, p. 185-204 e in ID., *Libertà personale e processo*, Padova: Cedam, I, p. 3-26.

PISAPIA G. (1983), *Relazione introduttiva*, in *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori*, Milano: Giuffrè, p. 17-24.

PISAPIA G. con la collaborazione di PECORELLA G. (1965), *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, XX (II s.), p. 71-90 e in *Atti Lecce-Bellagio* 1964, p. 89-100.

PIZZORUSSO A. (1974), Nota a Corte cost. 23 gennaio 1974 n. 17, in *Foro it.*, I, cc. 606-608.

PIZZORUSSO A. (1995), *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri*, 2. *Istituzioni, movimenti, culture*, Torino: Einaudi, p. 113-150.

Raccolta di scritti in onore di Giuliano Vassalli, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa 2010.

Relazione Disegno di legge Zoli (1952): *Modificazioni al codice di procedura penale*. Disegno di legge presentato dal ministro di Grazia e Giustizia senatore Zoli nella seduta del 13 novembre 1952, in *Arch. pen.*, VIII, I, p. 406-426.

Relazione Progetto 1950: *La riforma del codice di procedura penale. La relazione sul nuovo progetto*, in *Riv. pen.*, LXXV, I, p. 149-176.

ROMBOLI R. (2009), *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli: Jovene, p. 677-708.

SABATINI GIUS. (1947), *Del* favor rei *come principio generale del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, II, II, p. 72-83.

SABATINI GIUS. (1948), *Sulla escarcerazione cosiddetta automatica*, in *Giust. pen.*, LIII, III, cc. 65-71.

SABATINI GIUS. (1949a), *La custodia preventiva nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di sentenza assolutoria di corte di Assise*, in *Giust. pen.*, LIV, III, cc. 122-126.

SABATINI GIUS. (1949b), *Legittimità della custodia preventiva*, in *Giust. pen.*, LIV, III, cc. 455-461.

SABATINI GIUS. (1952), Nota a Cass., Sez. III, 15 aprile 1952, in *Giust. pen.*, LVII, III, c. 389.

SABATINI GIUS. (1953), *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino: Utet.

SBRICCOLI M. (1998), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, *Annali* 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE in collaborazione con L. MINERVINI,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Torino: Einaudi, p. 485-551, ora in SBRICCOLI M. (2009), I, n. 23, p. 591-670.

SBRICCOLI M. (1999), *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, p. 817-850, ora in SBRICCOLI M. (2009), II, n. 30, p. 1001-1034.

SBRICCOLI M. (2009), *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I-II, Milano: Giuffrè.

SIMONCINI A. (2004), *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, XLIX, p. 3065-3104.

STORTI C. (2010), *L'acuta tesi della difesa. Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della Sezione istruttoria*, in GARLATI (2010), p. 111-151.

STUDI VASSALLI (1991): M.C. BASSIOUNI-A.R. LATAGLIATA-A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, v. II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano: Giuffrè.

VASSALLI G. (1952), *Ancora sul mandato di cattura emesso contro l'imputato scarcerato per decorrenza di termini*, in *Giust. pen.*, LVII, III, cc. 527-539.

VASSALLI G. (1953), *Custodia preventiva*, in *Atti Bellagio-Milano* 1953, p. 105-128.

VASSALLI G. (1954), *La riforma della custodia preventiva*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, p. 483 ss. e in *Riv. dir. e proc. pen.*, p. 305-383, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 75-158.

VASSALLI G. (1957a), *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova: Cedam, p. 352-408, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 177-242 e parzialmente in PALAZZO F. (2010), p. 107-116.

VASSALLI G. (1970), *Governo e Parlamento a rimorchio della Corte costituzionale (a proposito del decreto-legge sulla carcerazione preventiva)*, discorso pronunciato alla camera dei Deputati nella seduta del 16 giugno 1970, Roma, p. 1-30.

VASSALLI G. (1977), *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, 3, Milano: Giuffrè, p. 1097-1168, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 543-622 e parzialmente in PALAZZO F. (2010), p. 117-126.

VASSALLI G. (1983), *La legge sui tribunali della libertà*, in *Leg. pen.*, p. 58-62, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 665-678.

VASSALLI G. (1988), *Il nuovo codice di procedura penale: spigolature ed osservazioni*, in *Leg. pen.*, p. 729-737, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 721-734.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

VASSALLI G. (1989a), *Aspetti penalistici dei diritti dei cittadini, in relazione alla carta costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 1989, p. 625-636, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 735-754.

VASSALLI G. (1989b), *Diritti dell'uomo e durata della custodia cautelare*, in *La Comunità Internazionale*, XLIV, p. 655-668 e in *Il giusto processo*, p. 6-11, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 749-764.

VASSALLI G. (1994), *Il codice di procedura penale italiano del 1988: suoi contenuti e successive vicende*, Introduzione alla traduzione del codice italiano in lingua inglese a cura del prof. Eduard Wise, New York, ora in VASSALLI G. (1997), III, p. 799-830.

VASSALLI G. (1997), *Scritti giuridici*, v. III, *Il processo e le libertà*, Milano: Giuffrè.

VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI (2010), p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ENRICO MARZADURI

LA PRASSI APPLICATIVA DELLE DISPOSIZIONI SULLA CUSTODIA CAUTELARE ED I SOFFERTI RAPPORTI CON LA GARANZIA SANCITA NELL'ART. 27 COMMA 2 COST.

1. L'attenzione per la prassi applicativa ai fini di un'adeguata individuazione e ricostruzione del diritto vigente. — 2. La divaricazione tra *law in the books* e *law in action* nel settore della libertà personale dell'imputato. — 3. Il significato della non considerazione di colpevolezza negli intenti dell'Assemblea Costituente. — 4. La giurisprudenza della Corte costituzionale sul significato dell'art. 27 comma 2 Cost. in materia di cautele personali. — 5. Il contrasto alla prassi deviante attraverso la denuncia delle violazioni delle garanzie.

1. *L'attenzione per la prassi applicativa ai fini di un'adeguata individuazione e ricostruzione del diritto vigente.*

Visto l'elevato numero degli interventi programmati, non potevano che essere davvero pochi i minuti riservati a queste mie considerazioni sull'ingrata sorte dei contenuti garantistici trasfusi nell'art. 27 comma 2 Cost. in presenza di una prassi applicativa delle misure restrittive della libertà personale dell'imputato che non pare sempre rispettare detta disposizione. Ma egualmente, nonostante gli stretti tempi assegnatimi, avverto il piacere ed insieme il dovere di spendere alcuni istanti nel salutare la facoltà giuridica dell'ateneo ferrarese e, soprattutto, nel ringraziare gli organizzatori di questo importante convegno, i giovani colleghi Daniele Negri e Michele Pifferi, che hanno profuso con entusiasmo le loro energie per assicurare il successo dell'iniziativa; ed è un ringraziamento che se già si giustificava per gli intenti perseguiti nell'occasione — ripercorrere la storia delle riforme del processo penale nell'Italia repubblicana avendo come riferimento fondamentale la tutela dei diritti individuali —, adesso si impone alla luce della ricchezza e della

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

fecondità degli spunti offerti dalle autorevoli voci che sinora hanno dato vita a questo seminario.

Nell'esordio della stimolante relazione svolta nella mattinata Renzo Orlandi ha affermato che « La letteratura penalistica è ancora priva di una riflessione sulla storia recente del nostro rito processuale ». È indubbiamente un rilievo che merita di essere condiviso, una volta chiarito che tale assunto va collegato alla mancanza di un'opera sistematica che coinvolga l'intera esperienza del rito penale, potendo quindi ben convivere con la presenza di felici esempi di indagini settoriali che consentono di apprezzare sicure capacità nella ricostruzione diacronica. Tuttavia, il significato ed il peso della lacuna denunciata si individuano pienamente solo dopo aver chiarito quel che andiamo a chiedere a questo orizzonte di studi, studi che non si possono fermare alla pur importante ricostruzione del pensiero giuridico e dei riflessi dello stesso sulla disciplina legislativa. Al riguardo, si è opportunamente sottolineato come una storiografia « ormai aperta alle ricerche sul processo penale in età moderna e contemporanea » debba anche « far affiorare le matrici culturali e ideologiche dell'esperienza processuale con la quale oggi ci confrontiamo », così da rinvenire « l'architettura invisibile della giustizia penale per accertare quanta parte del vissuto giudiziario del passato sia ancora capace di condizionare l'effettiva operatività degli istituti processuali » (1).

Certo che l'impegno così delineato per la ricerca storica porta a riflettere sull'insufficiente attenzione con cui buona parte degli studiosi del processo penale si rivolgono ad una prassi applicativa che prevale sul dato normativo o, comunque, ne privilegia una lettura assai spesso contrastante con l'affermazione dei diritti individuali. Invero, « Un metodo che pretende di rispondere alle esigenze e alle sensibilità attuali non può (…) limitarsi all'analisi giuridica degli istituti », dal momento che « La procedura penale è anche una pratica che, se la si vuol comprendere negli angoli inaccessibili all'analisi giuridica, va studiata nei suoi concreti aspetti applicativi, con attenzione al dato empirico » (2).

---

(1) Amodio 2010, p. 12.

(2) Orlandi 2010, p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Viene quindi a delinearsi una sorta di circolo virtuoso: quanto più il giurista considera ed investiga dati empirici che non sono interamente comprensibili sulla scorta delle disposizioni processuali, tanto più avverte l'esigenza di mettere a nudo le radici di soluzioni che non sembrano poter essere considerate banalmente il frutto dell'improvvisazione deviante dell'interprete, rivelando invece il più delle volte matrici giuridiche e culturali in un passato che faticava a riconoscere il ruolo delle garanzie all'interno del fenomeno processuale.

2. *La divaricazione tra* law in the books *e* law in action *nel settore della libertà personale dell'imputato.*

Da questo punto di vista appare difficile negare spazio al tema che mi sono proposto di affrontare in questo intervento, sia pure in una prospettiva di primissimo approccio, e cioè ai rapporti tra la realtà operativa delle previsioni sulla custodia cautelare dell'imputato e la garanzia espressa nell'art. 27 comma 2 Cost. (3).

Può essere utile riprendere quanto è stato recentemente osservato in sede di premessa ad uno studio organico sulla presunzione di non colpevolezza: « I progressi finora compiuti, sotto il profilo squisitamente teorico, nella direzione del consolidamento dei valori espressi dalla presunzione costituzionale » non « trovano un adeguato riscontro sul piano fattuale ed interpretativo ». E « la divaricazione tra *law in the books* e *law in action* sembra, tuttora, in questa materia, estremamente significativa, al punto che la presunzione pare destinata a restare imprigionata in una sorta di limbo, ambiguamente sospesa tra l'essere ed il dover essere » (4).

Una così pesante diagnosi, peraltro, non può che poggiare largamente sull'analisi di una produzione giurisprudenziale che assai di rado trova ospitalità nelle riviste giuridiche, così da essere destinata a rimanere di volta in volta patrimonio conoscitivo di un ridotto

(3) Amodio 2010, p. 16, suggerisce una ricerca « volta a far affiorare l'architettura invisibile della giustizia penale » con riguardo alla « custodia cautelare dell'imputato nella fase anteriore al dibattimento » ed all'utilizzo della stessa « per scardinare il diritto al silenzio ».

(4) Così Paulesu 2009, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

novero di operatori della giustizia e da essere richiamata sostanzialmente solo in forza della personalissima esperienza dell'avvocato o del magistrato (5). Ed in effetti, l'esito della disamina delle motivazioni dei provvedimenti coercitivi e delle decisioni sulle relative impugnazioni ci rivela come le considerazioni volte a supportare sul piano cautelare la misura restrittiva risultino tendenzialmente molto rapide, per non dire evanescenti, secondo un paradigma che si allontana dalla minuziosa analiticità imposta dalla disciplina espressa nell'art. 274 c.p.p. Quando poi si passa a verificare l'adeguatezza delle scelte *de libertate* rispetto alla natura ed al grado delle esigenze che emergono nella fattispecie concreta, si può facilmente constatare come la regola dell'*extrema ratio* sia sistematicamente disattesa. Del resto, proprio nel corso di questo dibattito il prof. Dezza ha ricordato a mo' di battuta come in un recente convegno un alto magistrato avesse definito la presunzione di non colpevolezza solo come una formula scritta per anime pie, dalla quale, peraltro, ben si poteva prescindere nella concretezza dell'esperienza giudiziaria (6).

A fornire una spiegazione della preoccupante distanza tra quanto prescritto, prima dalla Costituzione poi dal codice, e quanto discende dall'amministrazione quotidiana della giustizia penale, non pare poter bastare l'ormai ricorrente denuncia dell'incapacità del sistema di dare risposte tempestive sul piano sanzionatorio. Invero, il recupero delle esigenze repressive in ambito processuale, specificamente attraverso l'adozione e la gestione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale dell'imputato, può finire col prevalere sulla tutela dei diritti della persona soltanto se lo scontro avviene su un terreno ancora fortemente contaminato dalle matrici inquisitorie del processo penale del continente europeo (7). E la vita reale delle

---

(5) Non si può non convenire con ORLANDI 2010 p. 221 s., nt. 40, quando rileva come « da un punto di vista "scientifico", promuovere l'esperienza personale al rango di esperienza-tipo » sia « assai più discutibile e sbagliato che servirsi di dati empirici ». Ma si deve anche riconoscere come non sia facile per chi non ha maturato esperienze dirette avere una sufficiente rappresentazione della realtà applicativa *de libertate in itinere iudicii*.

(6) Peraltro, è già a livello di coscienza civile che il principio formulato nell'art. 27 comma 2 Cost. trova difficoltà ad essere recepito: NOBILI 1978, p. 831 ss.; ILLUMINATI 1979, p. 7 ss.

(7) Cfr. AMODIO 2010, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

misure cautelari costituisce un settore nel quale questi pericolosi residui incidono con indubbia facilità, a dispetto dell'impegno profuso dal legislatore del 1988 per assicurare una disciplina finalmente rispettosa del ruolo riconosciuto all'individuo nei complessivi equilibri costituzionali.

3. *Il significato della non considerazione di colpevolezza negli intenti dell'Assemblea Costituente.*

A ben vedere qualche 'responsabilità' va forse anche collegata alla particolare soluzione testuale adottata in sede di redazione della previsione costituzionale. Per l'appunto, nell'art. 27 comma 2 Cost., come ben noto, se ci si arresta alla lettera della disposizione, non solo non compare una presunzione di innocenza, ma neppure una presunzione di non colpevolezza od una considerazione di non colpevolezza, bensì semplicemente una non considerazione di colpevolezza, che non sembra implicare di per sé una valutazione negativa in ordine alla colpevolezza dell'imputato (8).

In effetti, la formula adottata « riproduce, quasi con le stesse parole, una definizione cara al legislatore fascista » (9). Ma questa preoccupante vicinanza non venne tuttavia avvertita nel corso dei lavori preparatori della Carta fondamentale. Al momento del passaggio del testo dalla I Sottocommissione, che aveva approvato una disposizione nella quale « l'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva », all'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione, il Comitato di redazione decise di mutare la versione nell'attuale. La mancanza di verbali delle sedute del Comitato ci impedisce di ricostruire direttamente le ragioni che portarono a questa opzione; peraltro, dai contenuti del dibattito sviluppatosi in seno alla I Sottocommissione paiono discendere i motivi che verosimilmente hanno favorito l'abbandono della tradizionale versione della garanzia. « Difatti, era emersa una generale consapevolezza di una più o meno evidente inadeguatezza formale della presunzione d'innocenza, se intesa alla stregua di una vera e propria regola

(8) Sul tema, cfr. PAULESU 2009, p. 59; nonché, volendo, MARZADURI 2010, p. 308 ss.

(9) CHIAVARIO 1977, p. 240 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

giuridica, mentre se ne apprezzava l'introduzione nella Carta fondamentale, in quanto principio generale dell'ordinamento » (10). Ma la modifica letterale non nascondeva alcuna volontà di alterare od attenuare il significato della disposizione sul piano dei valori consacrati positivamente nella Costituzione repubblicana. Una conferma netta si ricava dalle parole con cui l'on. Tupini replicò in sede di Assemblea Costituente alla richiesta dell'on. Rescigno di ripristinare la formula della presunzione d'innocenza: il testo innovato doveva considerarsi « un modo più chiaro per esprimere quel concetto che (…) esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non sia stato definitivamente condannato » (11).

Se dall'esame dei lavori preparatori si ricava senza incertezze il convincimento dell'innocuità della scelta operata nella redazione finale dell'art. 27 comma 2 Cost. (12), non si può fare a meno di riconoscere che « la scelta compiuta nella Costituzione, nel fissare in maniera indiscutibile l'accoglimento del principio, lo cristallizza però inevitabilmente nell'espressione linguistica adottata: soggetta, in quanto norma giuridica, ai consueti modi di interpretazione » (13). E, come ha ben ricordato Negri nella sua relazione, non pochi esponenti della nostra dottrina avrebbero sfruttato la lettera della disposizione per irriderne la superfluità, segnalando al contempo l'assurdità delle conseguenze applicative derivanti da un'interpretazione diversa. Una sintesi efficace di questo atteggiamento culturale si rinviene nelle parole con cui Frosali ebbe a commentare la disposizione, il cui valore stava « particolarmente in ciò che viene a non dichiarare », il principio della presunzione d'innocenza che « specialmente per opera del positivismo criminologico (…) è ormai dalla migliore dottrina, e dallo spirito della nostra legge, ripudiato » (14).

Questi approcci appartengono ad un passato lontano ma non del tutto superato. In proposito, sarebbe pericoloso fermarsi a constatare come ben presto la riflessione dottrinale avrebbe consen-

---

(10) Marzaduri 2010, p. 311.

(11) Cfr. l'intervento dell'on. Tupini, in Assemblea Costituente, seduta ant. 15 aprile 1947, in Camera Dei Deputati-Segretariato Generale 1970 p. 904.

(12) Sul punto, volendo, per ulteriori riferimenti, Marzaduri 2010, p. 311 ss.

(13) Così Illuminati 1979, p. 21, nt. 44.

(14) Frosali 1950, p. 234 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tito di apprezzare contributi ancora oggi fondamentali per l'individuazione del significato dell'art. 27 comma 2 Cost. (15) e come questa linea culturale si sarebbe ulteriormente consolidata, tanto che « sembrerebbe (…) pacificamente acquisita l'idea che » la garanzia *de qua* « costituisca una opzione ideologica 'forte', eticamente impegnata (…), il prodotto di una scelta tra sistemi di valori, che rinvia ad un tipo di organizzazione politica della società, orientata a privilegiare la protezione dell'innocente di fronte all'interesse collettivo alla repressione dei reati » (16).

Intanto, nella prima importante ed ampia riforma del codice Rocco, quella operata con la l. 18 giugno 1955, n. 517, al cospetto del mandato di cattura obbligatorio, nonostante le svariate voci contrarie al mantenimento dello stesso, si ritenne di dover conservare in vita l'istituto sia pure con una non particolarmente significativa riduzione della sfera applicativa (17), riferendolo ai casi « nei quali la coscienza sociale, in consonanza con le esigenze processuali, reclami senza contrasto che le persone indiziate siano poste sotto custodia »: in tali ipotesi, per l'appunto, stante la presenza dei sufficienti indizi di colpevolezza, si sarebbe « giustificata l'esclusione di ogni ulteriore apprezzamento discrezionale del magistrato in relazione alla necessità di assicurare la custodia dell'imputato » (18).

Nonostante il timido accenno alla consonanza con le esigenze processuali, esigenze che, del resto, non dovevano essere accertate, l'autentica funzione affidata al provvedimento restrittivo andava ricercata in un'anticipazione sanzionatoria offerta all'opinione pubblica, in risposta all'entità del fatto di reato ipotizzato. E ciò nel più palese contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., anche se inteso in termini strettamente letterali (19).

La vischiosità della tradizione inquisitoria avrebbe impedito di modificare sino agli anni Settanta le linee essenziali di una disciplina

---

(15) Cfr., in particolare, Amato 1967, p. 373 ss.; Amodio 1967, p. 862 ss.

(16) Così, riassuntivamente, Paulesu 2009, p. 8.

(17) Sul punto, v., per tutti, Grevi 1976, p. 131 ss.

(18) Cfr. *Relazione del Guardasigilli sul progetto di riforma del codice di procedura penale* 1955, § 38.

(19) Quanto agli importanti contenuti garantistici riferibili egualmente alla lettera dell'art. 27 comma 2 Cost., si rinvia ad Marzaduri 2010, p. 314 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

codicistica in forza della quale chi era raggiunto da sufficienti indizi di colpevolezza per i non pochi reati contemplati nell'art. 253 c.p.p. 1930 si trovava ristretto in carcere, senza possibilità di ottenere un mutamento dello *status* in attesa della sentenza definitiva, stante il divieto di libertà provvisoria e senza neppure poter attendere il decorso dei termini massimi di durata della custodia, una volta superata la fase istruttoria.

Era difficile non riconoscere in un regime del genere l'attuazione di una vera e propria presunzione di colpevolezza, poggiante su una mera delibazione dell'accusa che, come ebbe a rilevare la Corte costituzionale, « nella prassi e nella giurisprudenza ordinaria » non si traduceva neppure in una motivazione, risultando il relativo « obbligo costantemente eluso » (20).

4. *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul significato dell'art. 27 comma 2 Cost. in materia di cautele personali.*

Per l'appunto, proprio nella decisione appena ricordata, i giudici della Consulta avrebbero valorizzato il riferimento all'art. 27 comma 2 Cost. nell'ambito della disciplina della custodia dell'imputato, affermando che il rispetto della presunzione di non colpevolezza « necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza », per cui « essa (…) può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo » (21).

Si tratta di assunti decisamente importanti, che, tra l'altro, ci permettono di rilevare come la Corte, almeno in quest'occasione, non ha « ripiegato sulla comoda soluzione di distinguere tra "presunzione d'innocenza" e "presunzione di non colpevolezza", sul presupposto che solo la prima avrebbe potuto interferire con la carcerazione preventiva » (22). Ma la portata della pronuncia non può essere correttamente valutata, se non si tiene nel debito conto la

(20) Corte cost., sent. 23 aprile 1970, n. 64.
(21) Corte cost., sent. n. 64 del 1970.
(22) ILLUMINATI 2006a, p. 393.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

circostanza che contemporaneamente la Corte ha negato l'illegittimità costituzionale del mandato di cattura obbligatorio (23), sulla scorta di una presunzione assoluta di pericolosità del tutto irragionevole (24). Ed a rendere ancora meno rassicurante il giudizio complessivo interviene la circostanza che nell'occasione i giudici ritennero di dover disattendere le censure sul divieto di libertà provvisoria (25), senza sviluppare alcuna riflessione autonoma rispetto a quelle condotte per l'instaurazione dello stato custodiale: invero, anche chi arriva ad ammettere entro certi limiti la ragionevolezza di una presunzione *juris et de jure* al momento dell'emissione del provvedimento, non può non ritenere irragionevole tale presunzione nella misura in cui neutralizza il significato degli elementi acquisiti nel corso del procedimento che portano ad escludere in concreto la pericolosità dell'imputato.

Ancora una volta, quindi, viene a delinearsi la sagoma sinistra della presunzione di colpevolezza nonostante il riferimento operato dalla Consulta al ruolo della presunzione di non colpevolezza nella disciplina della carcerazione preventiva. In decisioni successive, peraltro, la Corte costituzionale avrebbe fatto leva sulla lettera dell'art. 27 comma 2 Cost. per negare la fondatezza delle questioni poste alla sua valutazione, osservando come il Costituente avesse semplicemente voluto asserire che « durante il processo non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato » (26) ed annullando così ogni possibile rilievo della previsione sulla disciplina del processo penale (27).

Il recupero della presunzione di non colpevolezza a livello di individuazione delle finalità della custodia preventiva si sarebbe avuto nel 1980, con una decisione che, senza andare in conflitto con i passaggi salienti della sent. n. 64 del 1970, avrebbe consentito alla

---

(23) Per questo rilievo, CHIAVARIO 1984, p. 330, nt. 49.

(24) Nitidamente, GREVI 1976, p. 133.

(25) Il divieto, come noto, sarebbe venuto meno solo con la l. 15 dicembre 1972, n. 773, sulla scia del caso Valpreda.

(26) Cfr., ad es., Corte cost., sent. 6 luglio 1972, n. 124; sent. 14 aprile 1976, n. 88.

(27) Cfr. ILLUMINATI 2006a, p. 397. Del resto, nell'ord. 23 gennaio 1974, n. 17, la Corte avrebbe qualificato come opportuna una determinata soluzione normativa in tema di durata della custodia preventiva quale « rafforzato presidio di difesa sociale », ipotizzando, quindi, un rapporto tra la misura restrittiva ed una generica prospettiva securitaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

funzione di prevenzione speciale di presentarsi come un legittimo presupposto dei provvedimenti restrittivi in corso di processo (28), a dispetto delle tante incertezze che erano state sollevate a tal proposito (29). Ma una significativa e secca inversione di rotta quanto al rilievo dell'art. 27 comma 2 Cost. si sarebbe avuto nel 1995, quando la Corte, chiamata a giudicare sulla compatibilità costituzionale delle presunzioni di pericolosità introdotte nell'art. 275 comma 3 c.p.p., ebbe a considerare il parametro in esame di manifesta non pertinenza, in quanto estraneo « all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena » (30). Una risposta davvero sconcertante (31) che « parrebbe azzerare d'un solo colpo un intero percorso storico volto al progressivo affrancamento delle misure processuali di limitazione della libertà personale (…) dalle vischiosità di una tradizione imperniata su una concezione marcatamente sanzionatoria delle coercizioni processuali » (32). Invero, così ragionando i giudici della Consulta utilizzano come argomento quanto deve invece essere dimostrato, e cioè, se la regolamentazione della misura avviene in termini tali da non configurare un'anticipazione della pena (33).

5. *Il contrasto alla prassi deviante attraverso la denuncia delle violazioni delle garanzie.*

Un nuovo orientamento, per fortuna, si è da ultimo delineato alla luce dei contenuti della recentissima sentenza con la quale la

---

(28) Corte cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1.

(29) V., ad es., GREVI 1976, p. 44 ss.; ILLUMINATI 1979, p. 43. Per una diversa impostazione, peraltro, CHIAVARIO 1977 p. 237 ss.; VASSALLI 1978, c. 19 ss.

(30) Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450.

(31) Cfr., per opportuni rilievi, NEGRI 1996, p. 2839 ss.

(32) RUGGERI 2009, p. 444.

(33) ILLUMINATI 2006b, p. 388. La tesi della non interferenza tra la presunzione di non colpevolezza e la disciplina delle misure cautelari viene accolta senza riserve da ALBIANI 2006, p. 385, per il quale detto tema « si situa oramai tendenzialmente in un ambito di elezione dello studioso », non costituendo più oggetto di disputa per il pratico. In proposito, andrà segnalato che il dott. Albiani è un magistrato che ha maturato un'esperienza estremamente significativa nel settore della libertà personale dell'imputato.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 275 comma 3 c.p.p., nella parte in cui prevedeva il regime della doppia presunzione, relativa, in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, assoluta, sull'adeguatezza della custodia in carcere, per chi risulta indiziato di alcuni delitti di natura sessuale: l'irragionevolezza della seconda presunzione, ridotta a relativa dalla decisione in questione, avrebbe non solo violato l'art. 3 Cost. per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi a tali delitti a quelli concernenti i delitti di mafia, ma avrebbe leso l'art. 13 comma 1 Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale nonché l'art. 27 comma 2 Cost., attribuendo alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena (34).

Notevoli sono le aperture offerte da questo tipo di impostazione ad una lettura del regime delle cautele personali finalmente attenta ad una verifica concreta della presenza di motivi che siano in grado di giustificare la privazione di un bene definito inviolabile dalla Costituzione. Resta da vedere quale tipo di impatto potrà esercitare questa illuminata giurisprudenza della Corte su una prassi che non è apparsa particolarmente timorosa nel disattendere contenuti normativi anche estremamente chiari.

Per contrastare simili atteggiamenti, potrebbe risultare di una qualche utilità aumentare le occasioni in cui l'attenzione dello studioso si concentra sui prodotti dei giudici di merito, così da segnalare e censurare tempestivamente le situazioni nelle quali i principi fondamentali in tema di tutela della libertà personale non hanno trovato il dovuto ossequio. E questi interventi potrebbero contribuire ad assicurare l'effettività dei diritti individuali nel processo penale, quantomeno evitando che il silenzio faccia apparire normale ciò che non è.

Riferimenti bibliografici

ALBIANI A. (2006), *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Leg. pen.*, p. 375-386.

(34) Corte cost., sent. 28 luglio 2010, n. 265. Successivamente la Corte ha ribadito questa impostazione nelle sentt. nn. 164 e 231 del 2011.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

AMATO G. (1967), *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano: Giuffrè.
AMODIO E. (1967), *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 841-891.
AMODIO E. (2010), *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, p. 11-21.
CAMERA DEI DEPUTATI - SEGRETARIATO GENERALE (1970), *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, I, Roma: Camera dei Deputati.
CHIAVARIO M. (1984), *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano: Giuffrè.
CHIAVARIO M. (1977), *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino: Utet, p. 199-293.
FROSALI R.A. (1950), *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze: G. Barbera, p. 219-246.
GREVI V. (1976), *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano: Giuffrè.
ILLUMINATI G. (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli.
ILLUMINATI G. (2006a), *Presupposti e criteri di scelte delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli: E.S.I., p. 389-406.
ILLUMINATI G. (2006b), *Ripartire dalla Costituzione*, in *Leg. pen.*, p. 386-392.
MARZADURI E. (2010), *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano: Giuffrè, p. 303-330.
NEGRI D. (1996), *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, p. 2835-2844.
NOBILI M. (1978), *Spunti per un dibattito sull'articolo 27 comma 2º della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale*, *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, II, p. 831-850.
ORLANDI R. (2010), *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, p. 207-225.
PAULESU P.P. (2009), *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino: Giappichelli.
Relazione del Guardasigilli sul progetto di riforma del codice di procedura penale (1955), in *Le Leggi*, 1955.
RUGGERI S. (2009), Sub *art. 2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, in *Leg. pen.*, p. 429-458.
VASSALLI G. (1978), *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, c. 1-46.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

GIULIO ILLUMINATI

I RIFLESSI DELLA STAGIONE DI "MANI PULITE" SULLA PROCEDURA PENALE DEGLI ANNI NOVANTA

Ho accettato volentieri l'invito di Daniele Negri a prendere la parola contando soprattutto sul fatto che siamo in un ambiente piuttosto informale e — se posso usare questo termine — fra amici, per cui confido che mi verranno perdonate molte cose forse approssimative che dirò. Per la verità avrei in mente tante idee, che mi sono state suscitate dagli interventi che mi hanno preceduto e che ho molto apprezzato: questo incontro si è dimostrato davvero assai fecondo, come speravamo. Purtroppo però non posso dire tutto quello che vorrei, e per restare nei tempi mi atterrò strettamente alla scaletta che ho preparato.

Con il mio intervento intendevo dare una lettura per così dire dal rovescio della periodizzazione efficacemente rappresentata da Renzo Orlandi (periodizzazione che, ci dicono gli storici, costituisce il primo dei problemi da affrontare). In altre parole, sarebbe come leggere un ricamo dal verso opposto: dove il ricamo disegna l'immagine di un progresso lineare — sia pure contrastato — della procedura penale italiana da un sistema poco garantista, che non si cura delle libertà individuali, un sistema se vogliamo arretrato, verso uno futuro, quello attuale, più al passo con i tempi, tendenzialmente ispirato ai principi del giusto processo e più accettabile dal punto di vista della tutela dei diritti. Questa idea della progressiva evoluzione, che in molti, credo, abbiamo in passato condiviso, è abbastanza illusoria. Io, come altri, mi sono formato nella stagione della grande riforma, la stagione dei più importanti interventi della Corte costituzionale a promozione delle garanzie fondamentali, la stagione dell'elaborazione del nuovo codice: un'elaborazione ventennale, a partire dagli anni Settanta e forse anche prima, nel corso della quale si discuteva di scelte di sistema, di modello accusatorio e inquisitorio, di Costituzione e Carte interna-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

zionali sui diritti e si pensava al rinnovamento e alla modernizzazione del processo penale come ad un esito ineludibile.

Quello che emerge invece già dalla relazione di Renzo Orlandi, ed è l'argomento che vorrei sviluppare, è che questo progresso lineare in realtà non esiste: si va sempre a strappi, spesso con un andamento pendolare, e senza un disegno razionale e sistematico. Ciò costringe forse a rivedere le nostre costruzioni teoriche — sia pure importantissime come strumento di interpretazione dei fenomeni — alla luce di episodi, di dati contingenti che nel loro insieme non hanno una logica né un andamento su cui ricostruire una prospettiva che possiamo definire evoluzionistica.

Per questo prendo ad esempio l'impatto del periodo cosiddetto di "mani pulite" — a cui molti qui hanno già fatto cenno — sul codice di procedura penale. E viceversa: vale a dire il ruolo che il codice di procedura penale ha svolto nella nascita e soprattutto nelle modalità di svolgimento delle inchieste di "mani pulite". Se mi è consentito, vorrei partire dalla cronologia degli eventi (il bello di questo incontro è che gli storici parlano di procedura penale e i processualisti di storia, ciascuno dal suo punto di vista).

Mi sono ripassato la cronologia di "mani pulite", perché spesso si tende a dimenticarla. "Mani pulite" prende l'avvio grosso modo nel 1991, con il cosiddetto fascicolo virtuale istituito nella procura della Repubblica di Milano su quella che poi fu chiamata "tangentopoli". Il nuovo codice era entrato in vigore da meno di due anni. Nel 1992 il primo atto: l'arresto di Mario Chiesa mentre cercava di far sparire 37 milioni in banconote gettandoli dove sappiamo. Da lì parte una serie di indagini che presto si estendono a livello locale e successivamente nazionale, e che alla fine si concludono con centinaia di condanne o di patteggiamenti.

L'aspetto singolare, se non paradossale, è che è proprio il nuovo codice a consentire numerosi successi investigativi, favoriti da un uso spregiudicato degli strumenti forniti al pubblico ministero inquirente. Il nuovo codice, se forzato al di là degli scopi dichiarati e perseguiti da chi lo aveva ideato, veniva a conferire in realtà all'accusa un potere enorme. La prima forzatura riguarda gli effetti dell'attribuzione al pubblico ministero della titolarità della fase delle indagini preliminari. Tratto tipico, questo, di un sistema accusatorio: era quello che tutti volevamo, il pubblico ministero è una parte,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

quindi tutto quello che fa nel corso delle indagini preliminari, al di fuori del processo in senso proprio, non conta niente, serve solo a preparare l'accusa. Accusa che dovrà poi essere provata in dibattimento, dove si deciderà davvero il merito, accertando il fatto nel pieno rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Ma proprio il 1992 è l'anno delle sentenze della Corte costituzionale che, cambiando pochissime parole in due articoli del codice, hanno stravolto completamente il sistema: non c'è nemmeno bisogno di ricordarlo, perché queste sono cose note, sia ai processualisti che agli storici. Dunque, il meccanismo veniva utilizzato in questo modo: il pubblico ministero si avvaleva dei suoi poteri per raccogliere unilateralmente informazioni, destinate a trasformarsi direttamente in prova nel dibattimento; la prova ricercata, poi, era essenzialmente la confessione, e soprattutto la chiamata in correità, sulla base della quale era possibile pronunciare una condanna.

Ma la confessione, va detto anche a costo di sembrare polemici, veniva ottenuta, in pratica — ed è questa la seconda forzatura — mediante l'uso abnorme della custodia cautelare in carcere. Si utilizzava cioè la privazione della libertà, o spesso la sua sola minaccia, come strumento di pressione per indurre l'imputato a collaborare. Ricordo che a quei tempi mi capitò di sentir parlare, in margine ad un convegno, un pubblico ministero del famoso *pool* che diceva: noi utilizziamo le carcerazioni "possibili". Questa evidentemente è una completa inversione della logica del codice, che voleva l'uso della custodia cautelare come *extrema ratio*, ed equivale a dire che la custodia cautelare veniva impiegata tutte le volte che fosse necessario estorcere confessioni. È vero che il pubblico ministero doveva comunque passare attraverso il controllo del giudice per le indagini preliminari: ma il giudice — qualcuno lo ha anche ammesso, in seguito — non aveva nemmeno il tempo di leggere il fascicolo delle indagini, e il più delle volte si appiattiva acriticamente sulla richiesta del pubblico ministero.

L'imputato che confessava, ma soprattutto quello che chiamava altri in correità, usufruiva inoltre di una corsia preferenziale, perché gli venivano concessi gli arresti domiciliari o gli veniva revocata la custodia cautelare, e successivamente era indirizzato sul patteggiamento e usciva dal processo. Con la conseguenza che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 1992 — questa è la cosa più importante — le sue dichiarazioni accusatorie, rese al pubblico

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ministero nella fase delle indagini, venivano lette nel dibattimento ed utilizzate contro gli altri imputati senza nemmeno bisogno che il dichiarante si presentasse in giudizio per essere sottoposto ad esame. Questo era un meccanismo che veniva usato abitualmente. E — bisogna ammettere — con un ampio consenso sociale, perché l'opinione pubblica riteneva del tutto normale che fosse tenuto in carcere l'imputato che rifiutava di rispondere o che non era disposto a collaborare con l'accusa, con buona pace del diritto al silenzio e della presunzione di non colpevolezza.

Ora, da questo uso deviato degli strumenti processuali, nascono una serie di conseguenze dirompenti. È un dato che è stato sottolineato più volte, ma vale la pena ricordarlo: gli effetti sul piano politico, che come sappiamo hanno cambiato il volto del sistema, si sono spesso realizzati senza che, non dico fosse stata pronunciata una condanna, ma nemmeno si fosse arrivati al giudizio dibattimentale. L'unico processo, che io ricordi, svolto tempestivamente, è stato il processo Cusani: caso celebre perché fece scalpore andando in televisione con tutti gli onori, processo nel quale il malcapitato imputato, non so se mal consigliato, chiese il giudizio immediato, che gli fu prontamente concesso e quindi venne condannato, col risultato che, posso sbagliare, ma credo sia uno dei pochi imputati di "mani pulite" che abbia effettivamente scontato la pena, perché in un certo senso se l'è andata a cercare. Il processo Cusani è importante perché ha avuto un enorme impatto mediatico: tutti ricorderanno le immagini dei politici in difficoltà che sfilavano in tribunale.

Continuando nella cronologia: 1993, governo Amato, referendum sulla legge elettorale; il cosiddetto "colpo si spugna", proposta subito rientrata, guardasigilli Conso, che poi si dimise in seguito a quell'episodio; 1994, discesa in campo di Berlusconi; decreto "salva ladri", guardasigilli Biondi, decreto ritirato dopo un comunicato del *pool* di "mani pulite" che minacciava dimissioni collettive se fosse stato approvato. Questo è il contesto in cui nascono le modifiche del 1995 al codice di procedura penale e quelle del 1997, peraltro approvate dalla maggioranza di centrosinistra, dopo la sciagurata idea della bicamerale, che — guarda caso — anziché di riforme istituzionali, come da programma, si era venuta ad occupare quasi esclusivamente di giustizia penale.

Altro che l'interesse generale della tutela della libertà personale dei cittadini, del recupero del contraddittorio, del riconoscimento

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

delle garanzie individuali, come solitamente si dice: certo, i principi erano quelli, ma lo scopo pratico era contrastare o neutralizzare lo strapotere dei magistrati inquirenti contro la corruzione. La legge del 1995 sulla custodia cautelare è arrivata a scrivere testualmente, nell'art. 274 c.p.p., che non è consentito incarcerare l'imputato soltanto perché rifiuta di confessare o di rendere dichiarazioni. Sembrerebbe una cosa ovvia: ma non era affatto ovvia, perché poco tempo prima la Cassazione aveva affermato il contrario, e cioè che — fermo restando il diritto al silenzio, per carità — il giudice fosse legittimato a considerare il rifiuto di collaborare con la giustizia come indice del pericolo di inquinamento delle prove che può giustificare la misura cautelare.

Nel 1997 viene modificato l'art. 513 c.p.p., sull'utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni dell'imputato al pubblico ministero concernenti la responsabilità di altri, norma che era stata a suo tempo uno dei bersagli della Corte costituzionale. La vicenda è a suo modo esemplare: si proclama il ripristino del sistema accusatorio, del contraddittorio nella formazione della prova, ma la legge si preoccupa esclusivamente delle dichiarazioni dei coimputati su fatto altrui, mentre le due sentenze della Corte costituzionale del 1992 avevano riguardato l'acquisizione dibattimentale delle precedenti dichiarazioni non solo dei coimputati, ma anche dei testimoni. Delle testimonianze, di sicuro più importanti sul piano sistematico, il legislatore si disinteressa completamente, perché evidentemente l'intervento era mirato a tamponare quello che non si era riuscito ad evitare per il fallimento del cosiddetto colpo di spugna e del decreto salva ladri, e cioè che si continuasse ad usare il meccanismo delle confessioni a catena per incriminare e condannare i politici e gli amministratori corrotti. Tanto è vero che la Corte costituzionale nel 1998 ha poi avuto buon gioco nel dichiarare illegittima la nuova disposizione. La Corte è stata molto vituperata per quella sentenza, ma aveva colto subito il punto debole: per quale motivo le dichiarazioni dei coimputati non possono essere utilizzate in dibattimento se non verificate in contraddittorio e quelle dei testimoni sì? Era chiaramente irragionevole, in violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

È a questo punto che nasce il conflitto tra Corte costituzionale e parlamento, che ha indotto, nel 1999, alla revisione costituzionale

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dell'art. 111. Ma la modifica complessiva, così dettagliata, dell'art. 111, a ben vedere non è che un grande orpello che circonda l'unica norma che in quel momento interessava veramente al parlamento, quella citata da Renzo Orlandi, secondo cui non possono essere utilizzate come prova della colpevolezza le dichiarazioni di chi si sia sempre volontariamente sottratto al contraddittorio con l'imputato. E chi mai poteva essere colui che ha l'interesse — e la facoltà — di sottrarsi al contraddittorio, se non il coimputato che, magari proprio in conseguenza dell'incarcerazione, abbia reso dichiarazioni al pubblico ministero per riottenere la libertà, evitando poi di sottoporsi all'esame dibattimentale? Ma naturalmente la previsione, essendo di carattere generale, è applicabile a tutti i dichiaranti.

Nel 2001, legge di attuazione dell'art. 111 Cost., definita, piuttosto iperbolicamente, legge sul "giusto processo". Ma, in una visione complessiva, non dobbiamo dimenticare che sono stati sempre gli episodi concreti a determinare gli sviluppi del sistema processuale. In particolare, gli eccessi e gli abusi, da una parte e dall'altra: abusi della magistratura nell'esercizio dei propri poteri e, viceversa, abusi del potere legislativo, o meglio — mi scuso per il termine un po' logoro — della classe politica, oggetto dei processi di "mani pulite", il cui interesse primario se non esclusivo, a destra come a sinistra, è mettere al riparo i propri componenti dalle indagini della magistratura.

È così che nasce il conflitto, più volte denunciato — anche se spesso strumentalmente — tra magistratura e politica. La magistratura si richiama al principio di legalità, la politica accusa la magistratura di eccessiva invadenza, ma in realtà il problema nasce da una serie di circostanze contingenti: e noi non riusciamo a liberarci dalla logica del contingente. Perché in seguito, dopo la legge del 2001, è cominciata la serie delle manomissioni del codice di procedura penale, con quelle che vengono comunemente definite leggi *ad personam*, aventi un andamento casuale, man mano che se ne presentava la necessità. A partire dalla legge Cirami sulla rimessione per legittimo sospetto, che peraltro non ha prodotto l'esito sperato (ed esplicitamente dichiarato nei lavori preparatori) di spostare i processi di Berlusconi da Milano. Anche perché queste cose sono di solito maneggiate da apprendisti stregoni, che non sono in grado di prevedere le reali conseguenze.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

E ancora oggi ci stiamo dibattendo inutilmente tra progetti di riforma parziali e mirati, dallo scellerato disegno di legge sulle intercettazioni alle nuove norme sull'ammissione della prova in dibattimento, fino alla bomba "fine del mondo" da dottor Stranamore, il processo breve, che è stata lanciata come *ballon d'essai* senza mostrare la minima consapevolezza di quello che poteva succedere nel funzionamento complessivo della giustizia penale. Ma le esigenze contingenti legate ai singoli processi passano, mentre i danni inferti al sistema del codice restano, e valgono per tutti i casi.

La logica del contingente, sempre come risposta ad eventi occasionali e con obiettivi molto precisi, impedisce di avere una visione globale. È dagli anni Ottanta che non si ragiona più in termini di sistema, non si cerca di recuperare un disegno razionale. Sono state istituite due commissioni per riformare il codice di procedura penale, una dal governo di centrodestra, presieduta da Nino Dalia, una dal governo di centrosinistra, preseduta da Giuseppe Riccio: entrambe le commissioni non hanno messo capo a nulla, perché è sempre mancata la volontà politica di arrivare alla riforma. A vent'anni di distanza da quello che è stato salutato come il primo codice dello Stato repubblicano, siamo dunque di nuovo in attesa di una riforma complessiva che rimetta in sesto l'insieme dei rottami prodotti dalle spinte contrastanti che ho sommariamente ricordato, delle quali nessuna probabilmente è stata accompagnata da un'impostazione teorica di qualche respiro. Le scelte teoriche sono importanti, sono indispensabili per organizzare la realtà, ma la teoria viene sempre dopo: la ricostruzione del sistema in maniera coerente e razionale dipende dalla coerenza e dalla razionalità dell'opera del legislatore.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LOREDANA GARLATI

NOVITÀ NEL SEGNO DELLA CONTINUITÀ: BREVI RIFLESSIONI SULLA PROCESSUAL PENALISTICA ITALIANA DI IERI E DI OGGI

1. Il primo numero dell'*Archivio penale*: giuristi, non fascisti. — 2. Le consapevoli scorie inquisitorie.

« È vero che non è necessario fare della storia per *comprendere* il diritto processuale penale, ma è anche vero che senza senso storico non si possono fare costruzioni giuridiche che abbiano consistenza » (1).

È con questo spirito che occorre accostarsi anche alle più recenti vicende del nostro sistema processuale, per comprendere quanto la codificazione del 1989, la prima (e per ora unica) dell'esperienza repubblicana, abbia davvero innovato rispetto al passato e quanto quel passato sia stato omogeneo e compatto nel proprio percorso evolutivo.

Renzo Orlandi, con il suo contributo, consente a storici e a studiosi del diritto processuale vigente di confrontarsi sul tema, per riflettere, ciascuno con le proprie specifiche competenze e strumenti metodologici, sulle modalità con cui si è declinato il rapporto tra diritti individuali e poteri coercitivi di giustizia, in un arco temporale che si estende dalla fine del regime ai giorni nostri.

Come si è avuto modo di precisare già in altra occasione, i cinquant'anni che hanno preceduto la svolta dell' '89 hanno visto protagonista il codice di procedura penale del 1930, un rito che ha « incrociato le stagioni cruciali dell'Italia del Novecento: dalla parabola del fascismo al primo dopoguerra, dal *boom* economico alle

(1) Bettiol 1950, p. 124-25.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

emergenze del terrorismo e dello stragismo » (2), mai uguale a se stesso, come non lo fu la società volta per volta di riferimento, tanto da indurre Giuliano Vassalli, in un recente intervento, ad affermare che « è come se esistessero due codici Rocco: quello del rito puro e quello che ha vissuto per più di quarant'anni subendo continue modifiche » (3).

Su queste 'diverse vite' alcune considerazioni si impongono.

1. *Il primo numero dell'*Archivio penale*: giuristi, non fascisti.*

Le nostre due ultime esperienze codicistiche nel campo processualpenalistico presentano (e direi paradossalmente, in ragione del differente *humus* culturale, scientifico e istituzionale sottostante) tratti comuni nell'*iter* formativo. In ambedue i casi, la scelta di procedere alla redazione di un 'nuovo' codice fu preceduta da tentativi di riqualificazione del rito preesistente, mediante innesti su una legislazione che, in entrambe le situazioni, rappresentava il prodotto di una stagione e di un contesto politico-sociale tramontati.

Come rileva Marco Miletti (4), all'indomani dell'ascesa del regime dispotico, Alfredo Rocco, fortemente influenzato da Manzini (il vero artefice della riforma processualpenalistica, uomo capace di attraversare con una certa coerenza stagioni politiche eterogenee), ritenne di presentare il proprio progetto come una mera modifica del diritto vigente, forte anche del fatto che il codice Finocchiaro-Aprile del 1913 era stato sommerso da critiche fin dal suo primo apparire.

Il disegno di legge-delega del Ministro Guardasigilli, datato 13 gennaio 1925 (5), si limitava ad indicare la volontà di una semplice emenda, una sorta di artificio linguistico e di mistificazione per non generare sospetti sull'operazione politica effettivamente perseguita. Il tono rassicurante con cui si promettevano ritocchi sensibili, ma

---

(2) Garlati 2010b, p. 2.

(3) Vassalli 2010, p. 15.

(4) Miletti 2010, p. 57-63.

(5) Sul punto, oltre al già citato saggio di Miletti 2010, cfr. Neppi Modona-Pelissero 1997, p. 779, Chiavario 1988, p. 259-60 e Id. 2010, p. 45-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

non già sostituzioni integrali dell' esistente (6), mirava a non scatenare l'opposizione dei vecchi liberali. Si voleva favorire l'impressione di una continuità nel segno della tradizione, senza sopprimere istituti che avevano la loro radice nel passato, bensì promettendo opportuni e condivisibili aggiustamenti (7).

Il cambio di prospettiva fu solo apparentemente repentino: ragioni di natura politica, più che dottrinale, dettarono i tempi che condussero alla svolta del '30. L'incompatibilità tra l'ideologia ispiratrice del codice del '13 e quella affermatasi negli anni Venti emerse in modo dirompente. Non fu un caso che proprio a Manzini, il convinto assertore delle logiche inquisitorie, toccò il ruolo di primo attore nella realizzazione di un testo capace di rispondere a dinamiche autoritarie, realizzando così un suo personale auspicio, ossia che il codice fosse opera di un solo uomo e di una sola mente per sottrarlo ad ogni pericolo di « eclettismo » o di indebita ingerenza da parte di « letterati di professione » o di inutili « commissioni di revisione » (8).

Con i necessari distinguo che la storia sempre impone, una sorte analoga è toccata allo stesso codice Rocco dopo la caduta del regime. Fino alla novella del '55 (9), nata nel segno dell'abbandono delle scelte più illiberali del c.p.p. del '30, tardiva conseguenza della necessità di adeguare il codice ai valori costituzionali e capace di scongiurare le più che probabili e ormai imminenti censure di legittimità della Consulta, la presa di distanza dal fascismo, pur se prepotente, non si proiettò sui suoi codici (e su quello processual-penalistico in particolare) con veemenza tale da condurre alla loro immediata abrogazione.

In anni percorsi da tracce di conservatorismo congiunte ad uno stato di incertezza istituzionale e legislativa, accanto ad impulsi di

---

(6) Rocco non nascondeva l'esigenza di interventi correttivi soprattutto di carattere formale, e pur definendolo pregevole, considerava il codice Finocchiaro-Aprile macchiato da « eccessivo astrattismo dottrinale », complicato tanto da determinare tempi processuali eccessivamente lunghi. Si rendeva necessario quindi procedere ad una sua semplificazione, ad uno sfoltimento dell'inutile, ad un'operazione migliorativa e di perfezionamento (AL. ROCCO 2005, p. 134, nt. 3).

(7) Così si esprimeva Vincenzo Manzini, come ricordato da MILETTI 2010, p. 58-9.

(8) Sulla figura di Manzini processualista cfr. MILETTI 2010, p. 66-9.

(9) Una riforma di profondità straordinaria, come ricorda VASSALLI 2010, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ritorno al passato, con la proposta di far rivivere le spoglie del codice del '13, come auspicato dalla Commissione istituita nel '45 dal ministro Tupini (10), la dottrina più autorevole del tempo mirava ad una mera defascistizzazione della legislazione vigente (11), convinta che con pochi tocchi di assestamento l'impianto del codice avrebbe retto l'urto del nuovo assetto politico-sociale, assicurando, per di più, una tranquillizzante continuità.

Si ostentava sicurezza nel fatto che si potessero circoscrivere, isolare ed espungere le norme più manifestamente 'a vocazione dittatoriale', come se sfuggisse o volesse occultarsi l'ispirazione ideologica unitaria alla base del testo capace di irradiarsi in ogni disposizione e penetrarla compiutamente.

Se si scorrono le pagine del primo numero di *Archivio penale* (12), appaiono lampanti metodo, finalità e motivazioni che indussero i giuristi del tempo a rifiutare ogni immediato quanto radicale cambiamento legislativo.

Tra le ragioni, viene invocata la situazione di instabilità politica del paese e la mancanza di certezza sul futuro costituzionale dello Stato (13). Così si esprimeva Ettore Casati (14), primo presidente della Corte Suprema di Cassazione, per il quale, pur nella necessità di ripristinare un equo contemperamento tra diritti dello Stato e quelli dell'individuo, « la riforma piena ed intera della legislazione » non era consigliabile, dal momento che si stava vivendo un'« era fortunosa », un « periodo di attesa in rapporto all'assetto politico-sociale, che in definitiva avrà il nostro Paese » (15). Era sufficiente, dunque, togliere dal c.p.p. del '30 « il troppo ed il vano, quanto cioè contrasta apertamente » con i principi liberali risorti dalle ceneri del fascismo, « zeppe » facilmente identificabili perché inserite qua e là

---

(10) Lacchè 2010, p. 274-76.

(11) Lo stesso Pannain precisava che i magistrati e i professori erano stati i più contrari alla riforma, a dispetto degli avvocati, convinti assertori di un ripristino del codice del '13 (Pannain 1945b, p. 58).

(12) Sul ruolo fondamentale dell' *Archivio penale* si rinvia a Lacchè 2010, p. 282-84 e relative note.

(13) Per una più approfondita disamina del tema si rinvia a Lacchè 2010, p. 278-80.

(14) Sulle funzioni assolte da Casati negli anni del fascismo v. Lacchè 2010, p. 279, nt. 25.

(15) Casati 1945, p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nel codice al fine di dimostrare di aver assecondato le richieste del governo, oppure innovazioni introdotte « per ragioni di mimetismo internazionale od addirittura per interessato suggerimento di potenza straniera, senza che esse corrispondano a reali bisogni della collettività italiana » (16).

Sempre dai banchi della magistratura, si levava la voce di Rubbiani, procuratore generale presso la Corte di Appello di Roma, per caldeggiare la revisione e non la « riforma organica, profonda, integrale del complesso delle leggi vigenti »: per quest'ultimo obiettivo sarebbe stato necessario attendere la ricomposizione « in unità delle membra della Nazione, consolidata l'unità territoriale e spirituale della Patria » (17).

Allo stesso tempo, dal versante accademico si legittimava la sopravvivenza del codice del '30 invocandone la 'matrice dottrinale' o, se vogliamo, la pretesa scientificità: l'*odium auctoris* non bastava a giustificare l'annientamento del progresso raggiunto dal rito vigente, dal momento che era opportuno « guardare ad una riforma processuale penale con l'animo sgombro da ogni risentimento » (18).

Se il codice del '13 « aveva costituito un notevole progresso tecnico scientifico » rispetto al precursore del 1865, quello del '30 era stato « un sensibile perfezionamento del precedente », accogliendo al proprio interno le richieste di modificazioni proposte già a partire dal 1914, in modo che il codice Rocco, « nonostante fosse stato pubblicato in epoca fascista, non si discostò dalle linee fonda-

---

(16) Soggiungeva nelle stesse pagine l'autore: « Non è poi inopportuno il rilievo che non bisogna prestare sempre fede a quanto si legge nelle relazioni ministeriali al Re sul carattere politico di questa o quella riforma, perché spesso ciò si affermava (evidentemente con poca serietà) per mera retorica propagandistica, in tempo in cui si pretendeva che quanto di buono si operava in Italia non potesse non avere un'impronta decisamente fascista » (Casati 1945, p. 45). Sul tentativo di introdurre l'idea di una lettura *politica del fascismo* di mera *facciata* cfr. Lacchè 2010, p. 289-91.

(17) Rubbiani 1945, p. 149. Per l'autore la revisione doveva essere sommaria e intesa ad eliminare quegli istituti giuridici e quei precetti che caratterizzavano un passato recente da dimenticare. La legislazione correttiva intervenuta dal '44 in poi aveva, a detta dell'autore, già soddisfatto questa esigenza di adeguamento, introducendo « non pochi ritocchi di carattere permanente o temporaneo, tutti intesi […] ad una efficace tutela della libertà personale » (Rubbiani 1945, p. 153).

(18) Leone 1947, p. 442.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mentali sistematiche di quello che ha sostituito » (19). La legislazione del '30, dunque, non costituiva « un prodotto politico, ma un'opera scientifica, tecnica, dovuta alla sapienza dei maggiori esponenti della scienza giuridica precedente l'avvento della dittatura e doveva considerarsi come la realizzazione di una riforma di cui si era sentito il bisogno e che era stata iniziata anni prima » (20).

Il destino del regime e quello della sua produzione legislativa si separavano, come se non fossero l'uno prodotto dell'altro, come se quelle norme processuali non fossero state elaborate perché congeniali « agli assetti politici e istituzionali » del momento in « un'ottica rigorosamente inquisitoria e autoritaria » (21): esse non erano lo specchio che rifletteva il volto della società, ma un asettico prodotto di dottrina e tecnica, che, grazie ad un leggero *maquillage*, avrebbero potuto adeguarsi al rinnovato spirito democratico della Nazione (22).

Dichiarazioni per lo meno curiose, se si pensa che lo Stato fascista aveva brandito il penale come un'arma potente di controllo politico-sociale: se le norme di diritto sostanziale miravano a puntellare l'autorità dello Stato, il processo penale svelava apertamente la sua matrice inquisitoria, con un'istruttoria (preliminare, sommaria e formale) dilatata all'estremo, connotata dall'assenza in ognuna delle sue fasi del difensore dell'imputato e da una compiaciuta contrazione delle garanzie: le prove raccolte si riversavano nel dibattimento, condizionandolo irrimediabilmente, e il *dominus* dell'azione penale era un PM dipendente in via gerarchica dal ministro di Giustizia.

Anche Giovanni Leone, dominatore della scena dottrinale e politicamente già influente, giustificava la possibile sopravvivenza

---

(19) Bernieri 1945, p. 541.

(20) Pannain 1944, p. 35. Il dibattito che si accese all'indomani della caduta del fascismo con riguardo al c.p.p. presentava toni e argomentazioni analoghe a quelle che interessarono il codice penale, come si rileva in Piasenza 1979, p. 261-317.

(21) Neppi Modona-Pelissero 1997, p. 808.

(22) « Si può osservare che se un codice deve necessariamente essere ispirato ai principii fondamentali di ordine costituzionale e sociale dello Stato e del momento in cui viene pubblicato, questi codici non possono essere inspirati alle ideologie fasciste, e sol per questo devono sparire. È ormai dimostrato che i codici realizzano i principii e le convinzioni degli illustri artefici di essi, che nulla altro fecero se non attuare una riforma che era stata iniziata molti anni prima »: Pannain 1945b, p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

del codice Rocco richiamandosi al *milieu* culturale che lo aveva prodotto. Di quel testo egli esaltava i pregi e ne ridimensionava i difetti: vi rintracciava una struttura liberale, per nulla soffocata dai vizi propri di un orientamento politico di segno opposto (quali la somma autorità del giudice, i conseguenti stringenti limiti alla difesa, la disciplina delle nullità), facilmente estirpabili con un tratto di penna.

« Il tradizionale complesso di princìpi giuridico-penali, di assodata origine liberale [era stato], durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani » (23): un'affermazione su cui l'autore tornerà con maggiore insistenza ed incisività anche negli anni successivi, mettendo a punto una proposta di riforma destinata ad essere accolta, nei suoi elementi portanti, negli interventi modificatori del '55 (24).

Dalle colonne dei quotidiani e dei settimanali, chiamati a fare da cassa di risonanza e di divulgazione delle idee di personaggi come lo stesso Leone, Giuseppe Dinacci e Francesco Santoro Passarelli (più di quanto potessero fare riviste di nicchia e per addetti ai lavori), ci si schierava apertamente a favore del sistema legislativo in atto, mirabile impasto della tradizione giuridico-penale italiana e della libertà culturale dei giuristi che, pur avendo partecipato in prima persona al programma codificatorio, avevano tenacemente resistito ad ogni tentativo di asservimento ai princìpi politici. Per questo motivo, si sosteneva, il c.p.p. del 1930 non era incompatibile, se non per questioni di dettaglio, con lo Stato nascente dalle rovine del secondo dopoguerra (25), anche se questa idea di tradizione con cui si cercava una continuità risultava « inventata più che effettiva, cui ricorrere tanto per contrapporsi a norme o pratiche illiberali quanto per legittimare la progettazione di un ordine nuovo che si fondasse però su radici antiche », come qui ci ricorda Pifferi (26).

Gli strali si appuntavano anche sulla composizione della Commissione Tupini, accusata di accogliere nelle sua fila uomini dalle

---

(23) LEONE 1945a, p. 23.

(24) LEONE 1947, p. 442-70.

(25) Per una trattazione approfondita del discorso avviato nella metà degli anni '40 sulla riforma del penale cfr. LACCHÈ 2010, p. 271-304.

(26) Vedi *supra*, *Le ragioni di un dialogo*, p. 22-3.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

scarse, per non dire mediocri, capacità: i 'nuovi' legislatori erano destinati a soccombere miseramente in un'ideale comparazione con i redattori del c.p.p. del '30, questi sì insigni esponenti della magistratura, del foro e della scienza giuridica, scelti senza alcun pregiudizio politico e che senza alcun pregiudizio politico avevano operato, portavoci di una « generazione di giuristi purtroppo quasi estinta » (27).

La conclusione non poteva che essere una e una sola: la necessità, in virtù delle ragioni fin qui esposte, di limitarsi a liberare il codice dalle superficiali incrostazioni fasciste per rinviare eventuali interventi radicali a momenti più propizi.

Quest'opera di salvataggio, compiuta dimenticandosi dell' « alto tasso di politicità intrinseco ad ogni codice di procedura penale » (28), finiva per risolversi in un'evidente difesa del ceto giuridico: uomini che, forti della loro scienza, avevano saputo restare liberi da ogni soggezione al potere e per questo autori di norme capaci di sopravvivere alle intemperie e alle contingenze del momento.

La perorazione a favore della legislazione penale, sostanziale e processuale, più di altre « spia della qualità costituzionale degli ordinamenti giuridici » (29), appare strumentale al desiderio di ritrarre i giuristi come una classe incontaminata, non intaccata da scorie di regime e assolta dall'accusa di adesione al manifesto dispotico della dittatura.

Per i più, era merito dei giuristi italiani avere energicamente e quasi universalmente resistito « con lo spirito della più coraggiosa indipendenza, a qualsiasi tentativo d'infiltrazione del dato politico » (30). Per Santoro-Passarelli « i giuristi hanno fatto tenacemente

---

(27) Pannain 1945b, p. 60.

(28) Chiavario 1988, p. 250.

(29) Sbriccoli 1999/2009, p. 1007.

(30) Leone 1945a, p. 28. Il principio sarà ribadito dallo stesso autore in un altro articolo di quel primo numero dell'*Archivio penale*, in cui Leone sostiene che il fascismo indubbiamente aveva ispirato i codici (« è ovvio, infatti, che una legislazione subisce, anche inconsapevolmente, il clima politico in cui si vien maturando »), ma era stato merito dei collaboratori di quella riforma, grazie a un solido abito mentale e alla piena consapevolezza dell'alto compito assunto, resistere « con vigoria alla, sia pure inconsapevole, pressione del dato politico ». Spettava ora alla magistratura, chiamata a dare attuazione alle 'vecchie' norme, « sceverare, nella massa di principii e di norme, quelli

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

il loro dovere fino in fondo. Non hanno fatto passare la riforma sognata dal potere politico; hanno fatto passare la loro riforma », quella maturata nel segno di un « onesto e assiduo lavoro della dottrina e della giurisprudenza italiana » (31).

Nella presentazione dell'*Archivio penale* Pannain asserisce: « Il posto dei giuristi è sugli spalti del diritto; non altrove che lì ». E da quegli spalti, senza voler essere filosofi, politici o critici delle leggi, essi si devono comportare per ciò che sono: 'soltanto' giuristi. Compito non da poco, soggiunge Pannain, perché se « il campo del diritto è uno dei più importanti, ai fini della ricostruzione » dello Stato italiano, i giuristi ne sono i sacerdoti, e « tali sono non gli interpreti, ma gli artefici delle costruzioni dommatiche, della elaborazione, dell'interpretazione » (32).

Posizioni condivise, in quell'identico torno d'anni, anche da Pietro Calamandrei, che in un articolo dal significativo titolo *La truffa delle etichette* precisava come buona parte dei codici fascisti, anziché essere espressione della 'rivoluzione' sbandierata dai gerarchi e dal Duce, fosse una mera rielaborazione o soltanto la riverniciatura di concezioni e di sistemazioni scientifiche anteriori: « Chi si mette a esaminare oggi con serenità la legislazione cosiddetta fascista, rimane stupito nel rilevare come, al confronto con la legislazione precedente, siano poche e grame le idee nuove che essa contiene […] la denominazione di 'rivoluzionari' con cui sono stati qualificati i codici cosiddetti mussoliniani, è stata dunque una truffa, alla quale, a forza di dirlo, hanno finito col credere gli stessi truffatori » (33).

Se questa era la posizione della dottrina, ancora più radicale fu quella della magistratura, pronta sia a respingere con fermezza insinuazioni di collaborazionismo per il passato, sia a rivendicare la propria professionalità e imparzialità per il futuro, contestando con vigore quanti avanzavano seri dubbi sull'idoneità morale dei magistrati (gli stessi che avevano operato nei due decenni appena con-

---

che risentono della idea fascista e dello spirito statolatrico ed illiberale di quel regime ». E se era vero che la propaganda di governo aveva esaltato il carattere fascista del codice, lo aveva fatto « per mero servilismo » (Leone 1945b, p. 278).

(31) Santoro-Passarelli 1945, p. 34-5.

(32) Pannain 1945a, p. 4-5

(33) Calamandrei 1945.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

clusi) a continuare a svolgere le proprie funzioni nell'Italia liberata. L'ANM rimarcava (con furore eccessivo, e per questo sospetto) di aver assolto con coraggio « il compito di reprimere le intemperanze e le violenze fasciste […] mantenendo inalterata una tradizione di rettitudine, di scrupolosa imparzialità, resistendo sovente a lusinghe e minacce […] esempio di fermezza, di fierezza e di dignità ». Essa lamentava altresì come dal 1860 nessuno dei governi succedutisi si fosse preoccupato di garantire all'operato dei giudici condizioni di indipendenza. Se qualche cedimento alle sirene della politica vi era stato, si trattava di comportamento opponibile a singoli, non ad un'intera categoria: « nella quasi totalità la magistratura italiana si è salvata e si salva da qualsiasi critica, restando su un fulgido piedistallo di sacrificio, di abnegazione, di virtù ». Il linguaggio tradisce una certa retorica celebrativa, analoga a quella di cui si era ampiamente avvalso il potere dittatoriale nel recente passato (34).

In soccorso di questi « eroi silenziosi e sconosciuti », che si logorano nella « incessante, difficile, pesante, dolorosa opera » di giudicare i propri simili, scendeva in campo Pannain in persona, a fare da scudo contro gli strali lanciati dalla stampa nell' aprile del '45 per i ripetuti e scandalosi proscioglimenti di alti esponenti del cessato regime (35).

Una sdegnata difesa che stride con l'intervento di Rocco alla Camera del 1929, allorché il guardasigilli, esaltando il patriottismo della magistratura, aveva sottolineato come lo spirito del fascismo vi fosse penetrato più profondamente e più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari (36).

Simili perorazioni suggeriscono un paio di considerazioni. La prima è che la legislazione fascista veniva intesa da significativi ambienti penalisti del dopoguerra non come un corpo estraneo alla nostra storia sociale e culturale, una parentesi o una ferita inferta alla scienza giuridica, ma quale naturale svolgimento del passato, tale da giustificare un'ulteriore riviviscenza gattopardiana: « se il vigente codice dovesse essere mantenuto, si assicurerebbe quella continuità

(34) ANM 1945, p. 336-37.

(35) Pannain 1945c, p. 234.

(36) Aquarone 1965, p. 242-43, in nota. Sull'adesione, volontaria o coatta, della magistratura alle scelte del governo fascista cfr. Neppi Modona 2007, p. 373-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

legislativa che evita i troppo profondi turbamenti che sempre accompagnarono la sostituzione delle leggi fondamentali » (37). Lo Stato liberale ottocentesco si era quasi naturalmente evoluto (o involuto?) in una forma autoritaria e il diritto fascista non era null'altro che una progressione della tradizione giuridica italiana.

La seconda osservazione riguarda invece lo 'stile dottrinale'. Gli anni dal '44 in poi sembrano vivere ancora dell'eredità lasciata da Arturo Rocco con la sua ormai celeberrima prolusione sassarese del 1910. Dopo il crollo dell'egemonia autocratica, pur « nella libertà assoluta di espressione, il peso ingombrante dell'indirizzo tecnico-giuridico impedì alla dottrina una valutazione sul significato complessivo dell'opera giuridica portata avanti dal fascismo » (38). È come se la posizione asettica assunta dalla dottrina italiana ancora a metà degli anni '40 fosse l'ovvia conseguenza dell'indirizzo tecnico-giuridico imperante, che aveva inibito, e perciò disabituato, la penalistica di quegli anni a ragionare sui presupposti e sulla matrice politica di taluni istituti, finendo per isterilirla nell'analisi esegetica, quasi che il rifugio nel formalismo e nel tecnicismo avesse reso i processualpenalisti italiani e le loro opere impermeabili all'ingerenza del dato politico.

Seppure con riferimento al codice penale, invita a scindere politica e legge Tullio Delogu. A suo avviso « il diritto non è altro che un insieme di norme destinate a raggiungere un complesso di finalità, le quali sono richieste dalle idee politiche, economiche e morali vigenti in un determinato momento storico. Queste due difformi realtà non possono essere accomunate nello stesso giudizio, in quanto gli scopi da raggiungere sono oggetto di giudizi di valore politico, economico e morale, le norme che rappresentano la via per raggiungere gli scopi sono oggetto, invece, di una valutazione tecnica » (39).

Eppure, a giudizio di autorevole storiografia, « non piccola fu la responsabilità dei giuristi. Immersi senza residui in una cultura dell'autoritarismo che aveva cancellato in loro ogni preoccupazione

(37) Bernieri 1945, p. 542.
(38) Neppi Modona-Pelissero 1997, p. 844-45.
(39) Delogu 1945, p. 161-2.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

per i diritti » (40), essi, formatisi culturalmente in epoca pre-fascista, cercarono sì di arginare le derive del sistema totalitario, ma furono anche collaboratori attivi, partecipi e consapevoli dell'opera legislativa del regime, tanto che è oggi possibile nutrire dubbi sugli effettivi risultati della loro funzione di « contenimento delle tendenze autoritarie » (41).

Una lettura meramente tecnico-giuridica della legislazione prodotta in quegli anni finisce per offrire un'« interpretazione distorta del sistema giuridico », proprio per la pretesa di poter prescindere da una « verifica dei legami tra princìpi giuridici e realtà socio-politica sottostante » (42). Per di più, le barricate innalzate dai giuristi sottraevano al dibattito il problema dell'effettiva responsabilità del ceto forense, dirottando la discussione sull'utilizzabilità o meno dei codici penali. Secondo l'iconografica immagine di Mario Sbriccoli, si distolsero gli occhi dalle *mani nella pasta* per volgerli *al cielo*, verso l'empireo della scienza giuridica.

Esaminando in questa prospettiva la storia del processualpenale negli anni che potremmo definire 'di transizione' (43), quando si traghettò il sistema giuridico da un segno politico ad un altro, si potrebbero rintracciare *caratteri originari e tratti permanenti* (per usare una felice espressione ancora di Sbriccoli) nelle vicende che accompagnarono la progettazione dei c.p.p. del '30 e dell'89. In entrambi i casi la parola d'ordine rassicurante fu: novità nel segno della continuità.

Ma c'è dell'altro. Sempre scorrendo i primi numeri dell' *Archivio penale* si nota apertamente che l'urgenza sembra essere quella di una riforma del penale sostanziale, primaria e prioritaria rispetto a quella del codice di rito (44). A conti fatti, la mancata contestualità nella codificazione dei due versanti del penale pone frequenti pro-

---

(40) Sbriccoli 2002/2009, p. 39.

(41) Sbriccoli 1998/2009, p.645-46.

(42) Neppi Modona-Pelissero 1997, p. 845-6.

(43) Ad una *giustizia di transizione* e ad una *transizione politica* fa riferimento Lacché 2010, p. 271.

(44) Anche in questo caso accesa fu la discussione nel 1945 sull'opportunità di una riforma del codice penale, come ricostruito da Neppi Modona-Violante 1978 e Vassalli 1996. Su un codice di procedura penale meno 'centrale' nella riflessione del tempo cfr. Lacchè 2010, p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

blemi di coordinamento e complica il percorso ermeneutico degli operatori pratici come degli studiosi.

Con lungimiranza lo aveva previsto anche Ettore Casati, il quale sosteneva che una riforma profonda del processo penale doveva presentare intimi nessi con quella del diritto sostanziale e non poteva pertanto avvenire se non dopo una conveniente rielaborazione di tutta la legislazione penale (45).

Ciò ripropone ancora una volta l'antica questione, mai del tutto sopita, di una possibile subalternità della materia processuale a quella sostanziale e della strumentalità della seconda rispetto alla prima (46): « non si dà processo senza violazione e non si dà violazione se prima non sono ben stabiliti i princìpi, gli ambiti, le condizioni e i limiti di ciò che (dalla legge) è previsto come punibile » (47).

Cenerentola (48) si è certo presa la sua rivincita sul diritto penale, tagliando per prima il traguardo di una riforma, ma al caro prezzo di continue modifiche che ne hanno stravolto la fisionomia originaria, come vedremo a breve.

2. *Le consapevoli scorie inquisitorie.*

Il secondo profilo che vorrei affrontare affonda le radici in una prospettiva storica di più lunga durata.

---

(45) Casati, 1945, p. 52.

(46) Il problema ha origini antiche, da quando si delinea la separazione tra penale sostanziale e processuale, trattato indistintamente e inscindibilmente dalle *practicae* di diritto comune. La centralità assunta dal diritto materiale può far propendere per una visione del processo strumentale al diritto sostanziale (Pifferi 2004, p. 187-192), anche se « il dogma illuministico […] che il comportamento penalmente rilevante preesista all'avvio del processo e che questo sia solo un meccanico procedimento atto ad accertare la violazione della norma è messo duramente in discussione », rivelando come il rapporto tra precetto e rito sia « questione di equilibri […] tra potere legislativo e giudiziario, tra determinatezza delle fattispecie e margini di operatività del giudice o dell'accusa » (Pifferi 2006, p. 143-144). E non manca chi ritiene che l'idea di strumentalità cambi natura in ragione dell'uso corretto o meno di espressioni quali 'procedura' e 'processo' (Riccio, 2010, p. 19-30).

(47) Sbriccoli 2002/2009, p. 17.

(48) Mutuo l'espressione da Carnelutti 1950, p. 1, ma essa era già presente nel dibattito otto-novecentesco: Pasquale Tuozzi nel 1909, rivolgendosi agli studenti patavini, definiva la procedura penale proprio la Cenerentola delle discipline giuridiche, come ricorda Miletti 2003, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

La lettura del bel saggio di Orlandi mette a fuoco che la codificazione, salutata e mitizzata come strumento di certezza e di svalutazione di ogni altra fonte del diritto, strumento non solo di risposta, ma di limite all'arbitrio giudiziario, non è riuscita a dar corpo all'utopia illuministica del giudice bocca della legge. Il potere del giudice, come quello dottrinale (e mia sia consentito di qualificarlo come 'potere') non solo non è cessato, ma ha continuato ad influenzare le scelte normative del legislatore, esattamente come la storia del processo penale fin dalle origini rivela. Basti pensare che i primi esperimenti di legislazione processualpenalistica statale, quali ad esempio i grandi affreschi normativi della Carolina e dell'*Ordonnance criminelle* di Luigi XIV, si edificarono grazie al materiale fornito dalle *Pratiche* criminali del tempo, volte a realizzare un tentativo ordinante e razionalizzante del processo penale, di cui poi le leggi regie si appropriarono (49).

L'articolo di Orlandi lascia trasparire che nel Novecento gli orientamenti giurisprudenziali hanno avuto un ruolo non indifferente, dapprima per indirizzare il codice del '30 verso un maggior garantismo e successivamente, di pari passo ad un incremento dell'emergenza criminale, per invocare, all'indomani della promulgazione del testo del '89, la restituzione all'accusa di un ruolo di centralità.

È come se, sempre fatte le debite proporzioni storiche, giocata la partita dei diritti individuali, si tornasse, per certi aspetti, al vecchio motto *ne crimina maneant impunita*. Le vicende del processo insegnano, da sempre, che ad una debolezza o instabilità normativa si accompagna *la crescita di peso formante della giurisprudenza*, come scrive Orlandi.

In una storia giuridica quale è la nostra, connotata fortemente per secoli dall'esperienza di un diritto a carattere giurisprudenziale, l'opera del giudice continua, anche nei sistemi a diritto ormai codificato, ad anticipare nei contenuti l'intervento del legislatore, cosicché talvolta è accaduto che il dettato normativo si presentasse quasi come recezione più o meno 'rassegnata' di un consolidato indirizzo giurisprudenziale. La stessa giurisprudenza, inoltre, orienta la legge in fase applicativa, virandone il significato a seconda delle

(49) Sbriccoli 2002/2009, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

esigenze e delle sensibilità contingenti, in una sorta di ciclo perpetuo autoalimentato (50).

Mi ha sorpreso ritrovare nella rilettura dell'inchiesta « Mani pulite » proposta da Orlandi un'espressione familiare agli storici del diritto: per giustificare il ritorno di uno squilibrio tra le parti processuali, che si traduce nel perenne conflitto tra accusa e difesa (ma anche tra magistratura e avvocatura), si rievoca lo spauracchio del 'pericolo sociale e del nemico da combattere'.

Il richiamo al nemico sa di antico: è la *ratio* stessa della logica inquisitoria, che discende da un processo pensato per l'eterodossia (o eresia) religiosa e per l'opposizione ai valori statali (una forma di 'eresia laica') espressa sotto forma di antagonismo politico o di criminalità comune. In questa lotta al 'diverso' si annidavano e si spiegavano gli enormi poteri del giudice e i risicati diritti difensivi degli imputati, la funzione inquirente e giudicante riassunta in un solo soggetto, la segretezza e via dicendo.

Sotto traccia il problema è ancora una volta quello del confronto tra modello accusatorio e inquisitorio, un'antitesi che ora più che mai credo vada rivista, superando la semplificata equazione tra accusatorio-democrazia e inquisitorio-dispotismo illiberale (51).

È indiscutibile che il c.p.p. del '30 aveva spostato l'asse processuale dall'individuo allo Stato, sollevando all'indomani della fine del potere di Mussolini forti perplessità di fronte all'idea che lo Stato fosse tutto e i diritti dell'individuo niente. Appare conseguente, quindi, che la questione maggiormente discussa dal '44 in poi fosse quella del riequilibro fra le parti processuali e, in particolare, di una più ampia tutela del diritto di difesa.

Fu soprattutto l'entrata in vigore della Carta costituzionale a mettere di nuovo al centro del dibattito la riforma del processo

---

(50) « … per lungo tempo la 'legislazione' resterà sporadica e settoriale […] Resterà subordinata alla 'giustizia' […] e si invischierà nelle pratiche dei tribunali, prima sfibrata e poi 'digerita' dentro la logica anti-imperativistica del diritto comune. Nel panorama normativo spicca l'opera della dottrina. I giuristi filtrano, interpretandole e organizzandole a sistema le norme prodotte dalle autorità politiche, e intanto […] ne producono altre […] con l'effetto di disciplinare e orientare la pratica della giustizia » (Sbriccoli 2002/2009, p. 9-10).

(51) Da ultimo, si vedano le considerazioni di Cappellini 2010, p. 23-42 e le osservazioni introduttive di Michele Pifferi (*Le ragioni di un dialogo*) qui pubblicate.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

penale. Il riconoscimento di diritti individuali costituzionali non poteva restare senza conseguenze: l'art. 24, con quel diritto alla difesa intimamente connesso all'art. 3 ed elevato così a diritto inviolabile dell'individuo, poneva sicuramente problemi di raccordo con un processo che dell'assenza di difesa aveva fatto il marchio di fabbrica e dove la presunzione di innocenza (come ogni altra teoria demo-liberale) era stata liquidata come stravaganza deviante, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso che aveva indebolito la repressione e favorito la criminalità (52).

Presentava poi un'intima connessione con il diritto alla difesa e con il rapporto di forza tra le parti processuali nel momento centrale e forse connotativo del processo, quale l'interrogatorio (53), il significato attribuito al silenzio dell'imputato, come si è avuto modo di esaminare in altra sede (54).

Non sorprende che in molti si fossero schierati a favore della scelta del codice Rocco di travolgere l'art. 261 del codice del '13, con il quale si era imposto al giudice l'obbligo di informare l'accusato di avvalersi del silenzio quale strumento di difesa (55). Aloisi, tra tutti, nel *Manuale* del '32, si era dichiarato sorpreso che qualcuno avesse mai potuto sostenere nel passato il diritto dell'imputato a non rispondere (56). Sebbene si fosse riconosciuto apertamente che « il Progetto mantiene all'interrogatorio il carattere di mezzo di difesa, e non di prova », specificando tuttavia che delle prove era fonte, « in quanto da esso si possano ricavare elementi idonei per determinate ricerche probatorie » (57), una parte della dottrina, durante la vigenza del codice sotto il fascismo, ne aveva orientato in senso opposto l'interpretazione (58).

---

(52) Relazione 1930, p. 7.

(53) « L'interrogatorio è un istituto su cui possono misurarsi le oscillazioni, in senso inquisitorio o accusatorio, delle tendenze ideologiche sottostanti ai sistemi processuali succedutisi nelle diverse epoche storiche » (Barbieri 1993, p. 222).

(54) Garlati 2006, p. 265-359.

(55) Per un esame approfondito sulle posizioni espresse dalla dottrina di quegli anni cfr. Grevi 1972, p. 36-47.

(56) Aloisi 1932, p. 21.

(57) Relazione 1930, p. 71.

(58) Cfr. Foschini 1956, p.53-55, il quale tuttavia con una postilla successiva rivedeva la propria posizione originaria, espressa in un articolo pubblicato in *Annali di diritto e*

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Gli art. 367 e 441 del c.p.p. del '30, escludendo ogni dovere di lealtà e di obiettività del giudice sì da far presente all'imputato la possibilità di astenersi dal rispondere, un monito considerato nella migliore delle ipotesi superfluo, se non addirittura dannoso e disdicevole (59), dimostrano come nel contesto originario del codice vi fosse un deciso spostamento in senso dispotico dell'asse dei rapporti individuo-autorità, con conseguente prevalenza degli interessi dello Stato su quelli dei singoli. Se non ci si spinse fino a configurare un vero e proprio obbligo di dire la verità in capo all'imputato, si introdusse però il concetto di 'onere di verità', che attribuiva al singolo la facoltà di scegliere liberamente quale condotta processuale adottare in sede di interrogatorio, con il rischio di far discendere dal proprio rifiuto di rispondere alle domande gli elementi « di una prova per presunzione » (60). Ciò significava che, sebbene non punibile, il silenzio dell'imputato era *contra ius*.

Lo stesso Carnelutti, che negli anni '60 si sarebbe adoperato per una riforma del processo in senso accusatorio e avrebbe rivaleggiato con Leone sul palcoscenico processualpenalistico (61), considerava un eccesso lasciare alla libertà dell'imputato la ricerca della verità, configurando una sorta di dovere testimoniale in capo allo stesso. Egli affermava testualmente: « se vi fosse un mezzo di coercizione, il quale fornisca garanzia di verità » (a differenza di quanto invece avveniva con la tortura, incapace di accertare il vero) « senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse adottato », a dimostrazione di come certi rigurgiti della logica inquisitoria dimoravano anche nei più insospettabili (62).

Entrata in vigore la Costituzione e identificato l'imputato come destinatario di garanzie, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza interpretarono l'art. 367 in modo tale da ricondurre il silenzio

---

procedura penale del 1943 p. 269-74, poi ripreso come IV capitolo del volume qui ricordato. Nei chiarimenti della postilla, l'autore riconosceva nell'interrogatorio anche un mezzo di difesa. Si vedano inoltre Massari 1934, p. 385 e De Marsico 1936, p. 199-200.

(59) Come risulta da Relazione 1930, p. 71.

(60) Foschini 1956, p. 52.

(61) Preziosi in questo senso i ricordi personali di Vassalli 2010, p. 9-11; v. anche Mazza 2010, p. 153-66.

(62) Carnelutti 1947, p. 165-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nell'alveo dell'esercizio di difesa dell'imputato (63), fino poi alla nota svolta radicale del 1969 e al pieno riconoscimento del silenzio come mezzo difensivo.

Lo scenario cambia quasi paradossalmente all'indomani dell'entrata in vigore del c.p.p. del '89. La sterzata garantista degli anni '50-'60 (in qualche modo obbligata dalla Costituzione) si trasformò in una virata 'autoritaria' nei primi anni Novanta, in seguito ai ripetuti interventi della Corte costituzionale, che, con le sue pronunce, finì per contendere al Parlamento un ruolo 'legislativo', attuando quella che Orlandi definisce una *vera controriforma del nostro diritto processuale*. L'impianto accusatorio di cui il c.p.p. del '89 era fiero paladino fu demolito dai colpi di maglio inferti dalla magistratura probabilmente alla ricerca di un nuovo spazio di mediazione giurisprudenziale.

Abbiamo assistito ad un rilancio dell'illusione repressiva? E, nonostante le norme del c.d. 'giusto processo', il nostro rito attuale è così plastico e flessibile da poter essere adattato e piegato dall'interpretazione giurisprudenziale all'insorgere di nuove restrizioni (64)? È possibile che si corra il rischio di passare dal garantismo inquisitorio (65) all'accusatorio non garantito (66)? Ma, soprattutto, le 'ombre inquisitorie' (67) costituiscono davvero il DNA incancellabile della nostra cultura processuale, destinata per sempre ad avere l'accusatorio sulle labbra e l'inquisitorio nel cuore? (68)

---

(63) Grevi 1972, p. 48-9 e note corrispondenti.

(64) Paolo Ferrua, in un suo recente intervento, ritiene che il nuovo 4° comma dell'art. 111 della Costituzione, « formula breve ma potente » abbia ripristinato i valori del codice del '89 stravolti dagli interventi della Corte Costituzionale: « la consapevolezza della dimensione 'epistemica' del contraddittorio è la migliore garanzia contro il rischio di involuzioni inquisitorie che sempre incombe sul processo penale », ammettendo tuttavia che persistono « interpretazioni riduttive del precetto costituzionale sul contraddittorio nella formazione sulla prova », attribuendo, ancora una volta, ai giudici e alla loro attività interpretativa la responsabilità di dare efficacia o meno ad una riforma (Ferrua 2009, p. CCXIV-CCXVI).

(65) Cfr. Amodio 1977, p. 181. « Siamo di fronte ad una realtà innegabile: il garantismo inquisitorio è quello che ci ha retto per più di 30 anni, dal 1955 al 1988 » (Vassalli 2010, p. 16).

(66) Formula usata, fra gli altri, da Nobili 1998, p. 20 e Perchinunno 1996.

(67) Così Miletti 2007, p. 901-55.

(68) Mi permetto di ricorre al titolo di un'opera di Nobili 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Se ai giuristi positivi spetterà evitare che ciò accada, gli storici del diritto avranno il compito di verificare quanto questi timori, alla luce dei prossimi eventi, siano fondati e se le proclamate novità non siano in realtà tragico mascheramento di sussulti del passato.

Riferimenti bibliografici

Aloisi U. (1932), *Manuale pratico di procedura penale*, Milano: Giuffrè.

Amodio E. (1977), *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano: Giuffrè, p. 181-257.

Aquarone A. (1965), *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino: Einaudi.

Associazione Nazionale dei Magistrati Italiani (1945), *Una protesta dei magistrati*, in *Arch. pen.*, I, p. 336-37.

Barbieri D. (1993), *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino: Utet, p. 221-33.

Bernieri G. (1945), *Per l'aggiornamento politico del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 541-51.

Bettiol G. (1950), *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova: Cedam, 1950, p. 121-133.

Calamandrei P. (1945), *Sulla riforma dei codici. La truffa delle etichette*, in *La nuova Italia*, 4 marzo, coll. 3-4.

Cappellini, P. (2010), *'Inconscio inquisitorio' e regimi autoritari: un collegamento 'necessario?*, in Garlati 2010a, p. 23-42.

Carnelutti F. (1947), *Lezioni sul processo penale*, II, Roma: Edizioni dell'Ateneo

Carnelutti F. (1950), *Cenerentola*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi, p. 1-8.

Casati E. (1945), *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, I, p. 43-56.

Chiavario M. (1988), *Codice di procedura penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino: Utet, p. 250-70.

Chiavario M. (2010), *Alle radici del codice Rocco: la nascita di una delega sostanzialmente in bianco, tra acrobazie tecniche e ombre di una minacciosa politica nel crepuscolo delle libertà*, in Garlati 2010a, p. 45-55.

Delogu T. (1945), *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 161-95.

De Marsico A. (1936), *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli: Jovene.

Ferrua P. (2009), *Un nuovo processo penale dopo il codice Zanardelli. Il codice del 1913 e le origini del garantismo inquisitorio*, in *Codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova: Cedam, p. CXCVII-CCXVII.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

FOSCHINI G. (1956), *L'imputato. Studi*, Milano: Giuffrè.
GARLATI L. (2006), *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento* (2006), a cura di M.N. Miletti, Milano: Giuffrè, p. 265-359.
GARLATI L. (a cura di) (2010a), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.
GARLATI L. (2010b), *Le ragioni di un incontro*, in GARLATI 2010a, p. 1-5.
GREVI V. (1972), Nemo tenetur se detegere. *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano: Giuffrè.
LACCHÈ L. (2010), *Sistemare il terreno e sgombrare le macerie. Gli anni della "Costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*, in GARLATI 2010a, p. 271-304.
LEONE G. (1945a), *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, I, p. 23-8.
LEONE G. (1945b), *Contro la riforma del Codice Penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 276-83.
LEONE G. (1947), *Sulla riforma del Codice di Procedura Penale*, in *Arch. pen.*, III, p. 442-70.
MASSARI E. (1934), *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli: Jovene.
MAZZA O. (2010), *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in GARLATI 2010a, p. 153-66.
MILETTI M. N. (2003), *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano: Giuffrè.
MILETTI M. N. (2007), *Ombre di inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *Quaderni fiorentini*, 36, II, p. 902-55.
MILETTI M. N. (2010), *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in GARLATI 2010a, p. 57-107.
NEPPI MODONA G.-VIOLANTE L. (1978), *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino: Tirrenia Stampatori.
NEPPI MODONA G.-PELISSERO M. (1997), *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali, 12: La criminalità*; (1997), a cura di L. Violante, Torino: Einaudi, p. 757-847.
NEPPI MODONA G. (2007), *Diritti e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli* (2007) a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata: Eum, p. 342-78.
NOBILI M. (1992), *L'accusatorio sulle labbra l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 4/5, p. 11-7.
NOBILI M. (1998), *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova: CEDAM.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

PANNAIN R. (1944), *La riforma della legislazione*, in *Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, p. 15-49.
PANNAIN R. (1945a), *L'Archivio penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 4-5.
PANNAIN R. (1945b), *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 56-61.
PANNAIN R. (1945c), *Problemi e notizie della magistratura. Giustizia e politica*, in *Arch. pen.*, I, p. 234-35.
PERCHINUNNO V. (1996), *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*, Milano: Giuffrè.
PIASENZA P. (1979), *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 10, fasc. 3, p. 261-317.
PIFFERI M. (2004), *Tiberio Deciani e le origini della 'parte generale' nel diritto penale. Ipotesi di una ricostruzione*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno* a cura di M. Cavina, Udine: Forum, p. 177-205.
PIFFERI M. (2006), Generalia delictorum. *Il* Tractatus criminalis di *Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano: Giuffrè.
RELAZIONE (1930), *Relazione del Guardasigilli al Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma.
RICCIO G. (2010), *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli: Esi.
ROCCO AL. (2005), *Discorsi parlamentari*, Bologna: il Mulino.
RUBBIANI G.G. (1945), *Nuovi orientamenti della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, I, p. 149-60.
SANTORO PASSARELLI F. (1945), *La riforma dei codici*, in *Diritto e giurisprudenza*, p. 34-48.
SBRICCOLI M. (1998/2009), *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali, 14: Legge Diritto Giustizia* a cura di L. Violante, Torino: Einaudi p. 485-551, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano: Giuffrè, p. 591-670.
SBRICCOLI M. (1999/2009), *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, p. 817-850, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 1001-1034.
SBRICCOLI M. (2002/2009), *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto* a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari: Laterza, p. 163-205, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 3-44.
SBRICCOLI M. (2004/2009), Lex delictum facit. *Tiberio Deciani e la criminalsitica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno* a cura di M. Cavina, Udine: Forum, p. 91-119, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 225-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

VASSALLI G. (1996), *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano: Giuffrè, p. 5-15.
VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI 2010a, p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CLAUDIA CESARI

DALLA TUTELA DEI DIRITTI NEL PROCESSO ALLA PROTEZIONE DELLA PERSONA DAL PROCESSO: LA TUTELA DEL TESTIMONE FRAGILE NELL'EVOLUZIONE PROCESSUALPENALISTICA

Malgrado la sua apparente marginalità, il tema della tutela del testimone "fragile" appare sotto diversi profili rivelatore delle coordinate entro le quali si sviluppa l'ordinamento processuale penale, dal punto di vista vuoi del grado e delle modalità di tutela dei diritti individuali nel processo, vuoi dello sforzo di rimodulazione delle garanzie e del metodo di conduzione del rito alla luce di tale esigenza di protezione. Sia pure nei limiti di questa riflessione (che non vuole avere la pretesa della compiuta ricostruzione storica), dunque, il profilo che si prende in esame appare significativo di una progressione del sistema in una direzione nuova, che è al contempo segnale di un differente modo di atteggiarsi della legislazione processualpenalistica, rispetto al passato, nel confronto con i diritti individuali.

Vale la pena, in proposito, di prendere spunto da una considerazione della relazione introduttiva di Renzo Orlandi, ove si afferma che nel processo penale italiano postrepubblicano « il diritto inviolabile di difesa, così come enunciato nell'art. 24 comma 2 Cost., assorbe o meglio oscura altri diritti individuali di cui possono essere titolari persone non coinvolte come parti nel processo ». Da questo punto, indubbiamente, muove il sistema, e su questo tema, perciò, merita attenzione il fiume carsico che attraversa la legislazione dagli anni '90 dello scorso secolo ad oggi, ossia, nella scansione proposta nell'introduzione, a partire da "Mani pulite" sino all'emergere del diritto di matrice europea: una nuova e diversa attenzione — sia pur discontinua e sovente disordinata — verso alcune categorie di testimoni. Ci si riferisce ai cosiddetti "testimoni fragili" o "vulnerabili",

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ossia ai testi minorenni, infermi di mente o vittime di reati particolarmente violenti o odiosi (1), i quali, in ragione della loro peculiare debolezza psicologica o psico-fisica, rischiano di patire danni o sofferenze dall'impatto con il processo e le sue regole. Costoro, dunque, vantano diritti individuali che possono porsi in conflitto con diritti e poteri delle parti processuali e persino con la metodologia dell'accertamento giudiziale, cui impongono flessibilità e persino sostanziali rinunce, in ossequio a un tipo di tutela che si candida ad essere considerata prevalente (2). Una nuova ottica della coesistenza tra valori e diritti dei singoli nel processo sembra dunque affermarsi gradualmente, destando interesse come preziosa chiave di lettura di una serie di fenomeni che interessano l'evoluzione del processo penale su differenti piani: il rapporto con le fonti europee, il modo di legiferare sul processo nelle diverse e contingenti emergenze, il nesso tra lo stile del processo penale e i diritti dei singoli. Tutti piani di analisi, questi, che sono emersi nel corso del dibattito e rispetto ai quali il tema qui proposto appare per molti versi emblematico della strada che il sistema ha percorso e promette di percorrere in futuro.

Innanzitutto, è manifesto il mutamento di ottica che su questo tema si registra rispetto al passato, nel senso che in tale ambito è vistoso lo sforzo progressivo di adeguamento del processo penale all'impostazione solidaristica della Carta costituzionale. A lungo ci si è preoccupati dei testimoni oggi definibili "fragili", nella prospettiva di assicurarne un contributo credibile al processo, guardando pres-

---

(1) La nozione qui impiegata, per comodità espositiva, vuole ricomprendere alcune categorie di testimoni presi in esame dal legislatore processualpenalistico, come destinatari di una tutela rafforzata della dignità, dell'integrità, dell'equilibrio psicologico, nelle occasioni in cui vengono coinvolti nelle dinamiche del rito penale. Va necessariamente osservato, comunque, che la nozione di teste "vulnerabile" è mutuata dalle fonti europee, ove è impiegata largamente ma in maniera non univoca, per identificare "gruppi" di soggetti fragili per svariate ragioni, senza che però se ne dia una definizione puntuale in alcuna sede: v., diffusamente, BUZZELLI 2008, p. 10 s. Quanto alla precarietà semantica del concetto nel diritto nazionale, cfr. CASSIBBA 2009, p. 300 ss.

(2) Non è, quello in esame, l'unico settore del sistema in cui si manifesta una particolare e nuova sensibilità per le ragioni e i diritti dei terzi coinvolti nel processo penale. È di primario rilievo, sotto quest'aspetto, l'ambito delle intercettazioni telefoniche, nel quale è assai vivo il dibattito sulle conseguenze negative derivanti alla *privacy* e all'immagine degli estranei al processo dalle captazioni nelle quali siano rimasti coinvolti e dall'eventuale diffusione mediatica delle registrazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

soché esclusivamente alla spendibilità del loro apporto conoscitivo ai fini dell'accertamento e al peso che le loro dichiarazioni avrebbero potuto giocare nel paniere affidato al libero convincimento del giudice (3). Da qualche tempo, invece, si assiste ad un parziale rovesciamento di prospettiva, sicché questo tipo di testimone non è oggetto di attenzione legislativa per quello che potrebbe offrire al processo, ma per quanto il processo e le sue stesse dinamiche accertative siano suscettibili di danneggiarlo. Ci si pone il problema, allora, di individuare la soglia metodologica sulla quale l'accertamento processuale dovrebbe fermarsi, nel momento in cui entri in contatto con fonti di conoscenza così delicate, o rinunciando alle loro conoscenze oppure, più credibilmente, modellando le proprie forme in modo differenziato. Di certo, quest'ultima strada è quella battuta dal legislatore, benché non senza difficoltà, se si tiene conto che la normazione anche recente su questi temi — molto intricata ed inevitabilmente non chiara (4) — dà conto di quanto il processo sia disposto a cedere, in nome della tutela di alcuni diritti fondamentali, in termini di valori, poteri, strumenti operativi "classici". Così, appare indicativo che, per proteggere la serenità e l'equilibrio dei testimoni vulnerabili, si possano limitare valori-cardine del sistema, come la pubblicità (prevedendo specifici casi di processo a porte

(3) Sulla necessaria cautela con cui ponderare le testimonianze di fanciulli e parti lese, anche tenendo conto di adeguati riscontri, v. fra le molte, Cass., 30 gennaio 1948, Orlando, in *Giur. compl. cass. pen*., 1948, n.171; Cass., 2 dicembre 1957, Di Stefano, in *Giust. pen*., 1958, III, c.198; Cass., 23 gennaio 1962, Pusceddu, in *Cass. pen. Mass*., 1962, p. 933; Cass., 26 gennaio 1962, p. m. in c. Zanon, *ivi*, 1962, p. 831; Cass., 21 maggio 1963, Berardi, *ivi*, 1964, p. 822; Cass., 7 maggio 1965, Venchiarutti, *ivi*, 1965, p. 953; Cass., 6 marzo 1968, Cissello, *ivi*, 1969, p. 361. In dottrina, su minori, vittime ed infermi di mente, cfr. Altavilla 1948, p. 54 ss. e 386 ss.; Altavilla 1958, p. 209 ss.; De Felice 1951, c. 84 ss.; Sacerdote 1956, c. 74 ss.; nonché, ancora prima, Framarino dei Malatesta 1895, p. 39 ss. Specificamente quanto alla deposizione dei minori tra il periodo postunitario e l'età liberale, v. la ricostruzione di Sciumè 1994, p. 194 ss. Per gli andamenti più recenti di giurisprudenza e dottrina, v. Bargis 1984, p. 9 ss., ed altresì, quanto al rapporto tra testimonianza di minori e infermi di mente e principio del libero convincimento, Nobili 1974, p. 303 ss.

(4) Si allude (per limitarsi al codice di rito penale) al combinato disposto degli artt. 190-*bis* comma 1-*bis*, 392 comma 1-*bis*, 393 comma 2-*bis*, 398 comma 5-*bis*, 472 commi 3-*bis* e 4, 498 commi 4, 4-*bis* e 4-*ter* c.p.p.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

chiuse ispirati solo alla protezione dell'offeso) (5), l'immediatezza (rafforzando il ricorso all'incidente probatorio) (6) e il contraddittorio (comprimendone la forma più alta e sofisticata, ossia l'esame

(5) L'art. 472 comma 3-*bis* c.p.p. è strutturato in modo da sancire il principio di pubblicità del dibattimento quando si proceda per reati a sfondo sessuale o che comunque comportino gravissime forme di assoggettamento della vittima all'altrui potere, ma lasciando all'offeso il diritto di chiedere la celebrazione a porte chiuse. La norma prevede altresì che in tali ipotesi il giudizio si celebri comunque a porte chiuse, se la vittima è di minore età. Infine, l'art. 472 comma 4 c.p.p. affida al giudicante il potere di disporre che si svolga a porte chiuse la deposizione del minorenne. La previsione, indicativamente, è stata sottoposta a una serie di aggiustamenti, con riguardo al comma 3-*bis*, che, introdotto dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, ha conosciuto una progressiva espansione del catalogo di reati cui si riferisce ad opera, prima, della l. 3 agosto 1998, n. 269, e poi della l. 11 agosto 2003, n. 228. È chiara, comunque, la *ratio* di tali disposizioni, riconoscibile nello sforzo di preservare dalla curiosità del pubblico soggetti che potrebbero avvertirla in modo particolarmente doloroso o dannoso, come le vittime di delitti scabrosi o i minorenni.

(6) Nell'art. 392 c.p.p., il comma 1-*bis* è dedicato al diritto dell'indagato e del pubblico ministero di chiedere la celebrazione di incidente probatorio per l'assunzione di testimonianza del minorenne o della vittima maggiorenne, qualora si proceda per una serie di reati contro la libertà sessuale o la personalità individuale. Come di consueto, la previsione è stata oggetto di successivi ampliamenti, vuoi relativi ai delitti cui si riferisce, vuoi ai soggetti alla cui deposizione è applicabile, ad opera delle leggi n. 269 del 1998, n. 228 del 2003, ed infine n. 38 del 2009. Va sottolineato che la *ratio* della previsione è multiforme, dal momento che l'anticipazione della prova dichiarativa all'incidente probatorio può essere funzionale alla protezione della vittima, nel momento in cui evita tendenzialmente l'escussione in dibattimento, con il carico psicologico conseguente alla sovraesposizione pubblica; inoltre, nell'ipotesi in cui l'assunzione anticipata renda superfluo o precluda il successivo esame dibattimentale, si facilita il processo di elaborazione del trauma nella persona offesa, evitando che debba riviverlo a distanza di tempo dai fatti per il tramite della sua narrazione processuale. Tali obiettivi, tuttavia, pur plausibili e sottesi almeno in parte alla norma, non sembrano perseguiti univocamente dal legislatore e probabilmente non sono neppure esclusivi. Per un verso, la norma non impedisce per tutti i soggetti cui si riferisce che, dopo l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio, questa abbia luogo nuovamente in dibattimento, in considerazione del mancato coordinamento con l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che appunto limita le ipotesi di nuova assunzione della prova testimoniale acquisita in incidente probatorio, ma con riguardo ad un'area di soggetti e di reati più ristretta; quanto alla pubblicità dibattimentale, essa sarebbe comunque assicurata per alcune categorie di soggetti, dall'art. 472 c.p.p. (v. *supra*, nota 5). Per altro verso, la previsione reca da sempre un certo tasso di ambiguità, ravvisabile nell'intento di garantire che venga assunta precocemente la deposizione di soggetti particolarmente fragili, non tanto per proteggerli, quanto per congelarne appena possibile la testimonianza, essendo le fonti fragili particolarmente esposte a manipolazioni e suggestioni suscettibili

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

incrociato) (7). È evidente, però, la delicatezza di questa scelta, che impone di individuare un nuovo bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali dei terzi — nella prospettiva qui adottata, quelli più deboli — e diritti, poteri e garanzie tradizionali e irrinunciabili delle parti processuali, fra i quali, tipicamente, quelli riconducibili al diritto di difesa dell'imputato.

Altra interessante chiave di lettura offerta dal tema che ci occupa rispetto alle tendenze evolutive del sistema, è quella di costituire una nuova cifra della legislazione emergenziale. Un dato di novità della più recente normazione sulla "sicurezza", infatti, sembra essere proprio quello di considerare come obiettivo primario e "politicamente" spendibile, non tanto una generica protezione di ordine e sicurezza pubblici, com'era un tempo (8), quanto una concreta e fattiva tutela delle ragioni delle persone offese (9). Se è vero che il processo penale — come ci viene rammentato — deve mantenere un ruolo servente rispetto al diritto penale sostanziale, in

---

di alterare la genuinità della prova che offrono al rito. In tema, v. CASSIBBA 2009, p. 301 ss.; CANZIO 2010, p. 988 ss.; MARANDOLA 2009, p. 970.

(7) Si allude alla principale forma di protezione del teste minorenne dalla potenziale virulenza dell'esame incrociato, contemplata dall'art. 498 comma 4 c.p.p., che affida l'escussione, di regola, al presidente. Va ricordato che Corte cost. n. 283 del 1997 ha esteso questa forma di tutela — sia pur non immediatamente, ma solo qualora risulti che l'esame ad opera delle parti possa nuocere alla personalità del dichiarante — al teste infermo di mente. Per la considerazione che la norma configura un equo bilanciamento tra i diritti dell'imputato e quelli del teste minorenne nel quadro delle garanzie costituzionali, v. Cass., 30 settembre 2009, R., in *Ced* 245377.

(8) Sull'evoluzione della legislazione emergenziale e sulle sue chiavi di lettura in termini di politica criminale, v. RICCIO 1982, spec. p. 65 ss. e 100 ss. Quanto al concetto di "ordine pubblico", in questa prospettiva, v. per tutti, BRICOLA 1997, p. 2604 ss.

(9) In relazione alla più recente normativa sulla sicurezza, si è efficacemente rilevato che: « la sensazione è che la previsione di pene sempre più severe a carico di chi offende le vittime "deboli", più che il mezzo per combattere effettivamente il fenomeno criminoso, sia uno strumento utilizzato dal legislatore per ridurre le paure, per contrastare il "sentimento di insicurezza pubblica" diffuso proprio tra i soggetti più deboli, che sono il principale bersaglio della criminalità comune » (DELLA BELLA 2009, p. 204). Sulla protezione delle vittime "deboli" come chiave di lettura delle politiche legislative penali e processuali penali nel pacchetto - sicurezza del 2009, v. MAZZA-VIGANÒ 2009, p. XI. In termini più generali, per il progressivo definirsi, nella legislazione penalistica, di un diritto dell'individuo alla sicurezza, di pari rango rispetto agli altri diritti fondamentali, v. DONINI 2008, p. 3560.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

questo campo sembra piuttosto che esso sia stato usato come immediata cinghia di trasmissione di scelte politiche di rigore effettuate dal legislatore. Là dove si è intervenuti per punire in maniera particolarmente severa, anche inseguendo allarmi sociali veri o supposti, determinati tipi di crimini o (meglio) di criminali, è affiorata a livello processuale una specifica "figura" di vittima, bisognosa di un *surplus* di tutela rispetto a dinamiche e poteri di parte all'interno del rito penale, che apparivano suscettibili di recare intollerabilmente danno al suo equilibrio psicofisico.

La prospettiva del bilanciamento tra diritti individuali nel processo, poi, è particolarmente feconda come cartina di tornasole dei rapporti tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale, ed europeo in particolare, che è oramai uno dei pilastri dello stesso modello processuale in vigore (10). La tutela dei soggetti deboli nel processo e dal processo, infatti, è ambito nel quale il rapporto tra legislazione interna e norme europee è abbastanza originale. Se di regola siamo avvezzi a considerare tempi e qualità della nostra legislazione arretrati rispetto all'Europa, in questo campo si tratterebbe di considerazione solo parzialmente vera. Segniamo il passo, è vero, ma non nel modo che di primo acchito ci si aspetterebbe. Cronologicamente, non sembra che la legislazione italiana sia in significativo ritardo rispetto all'elaborazione europea in questo campo. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, presenta una compiuta teorizzazione giurisprudenziale in tema di limitazioni legittime al diritto al confronto spettante all'imputato in presenza di testimone minorenne vittima di abusi a far data dagli anni '90 (11); ed

---

(10) È significativo che una delle più note forzature giurisprudenziali volte ad adeguare agli standard europei il rito penale italiano sia legata proprio alla tutela dei testimoni minorenni: si allude a Corte giust., Grande sezione, 16 giugno 2005, Pupino, in *Guida dir.,* 2005, f. 26, p. 67, sulla quale v. COPPETTA 2008, p. 130 ss. e la bibliografia ivi indicata.

(11) V. il quadro disegnato in BUZZELLI 2008, p. 408 ss.; LONATI 2008, p. 252 ss.; BALSAMO-RECCHIONE 2008, p. 326 ss. Quanto alle decisioni di maggiore rilievo, si vedano soprattutto Corte EDU, 14 luglio 1999, A.M. c. Italia; Corte EDU, 20 dicembre 2001, P. S. c. Germania; Corte EDU, 2 luglio 2002, S.N. c. Svezia; Corte EDU, 20 gennaio 2005, Accardi e altri c. Italia; Corte EDU, 10 novembre 2005, Bocos Cuesta c. Paesi Bassi; Corte EDU, B. c. Finlandia, 24 aprile 2007; Corte EDU, 10 maggio 2007, A.H. c. Finlandia, in *Cass. pen*., 2007, p. 3938; Corte EDU, 24 settembre 2007, W.S. c. Polonia;

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

è del 1997 la Raccomandazione n. 13 sull'intimidazione dei testimoni e il diritto di difesa, testo basilare in questa materia (12). In Italia, la prima regola sul divieto di esame incrociato del testimone minorenne, fondamentale canone operativo in tema di assunzione della testimonianza da fonte vulnerabile, era già nella versione originaria del codice di procedura penale del 1988; in seguito, sono intervenute in rapida successione e con vari accenti sul profilo del testimone fragile, sei provedimenti legislativi, tra il 1996 e il 2009 (13). La produzione e definizione di regole su questi temi, dunque, a livello nazionale ed europeo, è andata sostanzialmente di pari passo e, contrariamente a quanto ci si aspetterebbe, non evidenzia da parte italiana il ritardo, che si registra invece in altri settori. Piuttosto, si può rilevare un ritardo qualitativo, rispetto ad una serie di soluzioni che — pur nel profluvio di novelle in quest'ambito — ci si ostina a non tenere in adeguata considerazione. Ci si può limitare a due profili, a titolo esemplificativo. A livello europeo ci viene rammentato che le deposizioni di minorenni e testi fragili in genere dovreb-

---

Corte EDU, 12 luglio 2007, Kovac c. Croazia; Corte EDU, 24 aprile 2008, Zhoglo c. Ucraina. Si deve tener conto che, almeno in parte, il tema della tutela dei testimoni vulnerabili si intreccia a livello europeo con quello dei testimoni anonimi: sul punto, v. BALSAMO-RECCHIONE 2008, p. 317 ss.

(12) Più specificamente, si tratta della *Recommendation (97)13 of the Committee of Ministers to member States concerning intimidation of witnesses and the rights of defence*, adottata a Strasburgo il 10 settembre 1997. Va ricordato, altresì, che, in termini più generali, vanno tenute presenti sia la Raccomandazione (85)11 (spec. § C.8), sia la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea, 15 marzo 2001 (2001/220/GAI) (spec. art. 4), relative alla posizione della vittima nel procedimento penale, che pure tengono conto del diritto delle vittime — ed in special modo di quelle vulnerabili — a ricevere speciale protezione in occasione della deposizione in giudizio. I testi sono rinvenibili in BUZZELLI-MAZZA 2005, p. 1083, 935 e 1110. Per un panorama più ampio dei documenti internazionali relativi alla tutela del minorenne nel rito penale, v. SCOMPARIN 2000, p. 283 ss.

(13) Si tratta di: l. 15 febbraio 1996, n. 66; l. 3 agosto 1998, n. 269; l. 11 agosto 2003, n. 228; l. 6 febbraio 2006, n. 38; d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38. Agli interventi novellistici si debbono poi aggiungere quelli della Corte costituzionale, che è stata determinante nella costruzione — all'insegna del progressivo allineamento allo "statuto di protezione" del teste minorenne — delle garanzie nell'esame testimoniale dell'infermo di mente: v. Corte cost. n. 283 del 1997 e Corte cost. n. 63 del 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

bero essere limitate nel numero e circoscritte alla fase iniziale della sequenza procedimentale, in modo da ridurre le occasioni di trauma (derivanti anche solo dal ricordare e dover narrare i fatti) e facilitare l'elaborazione e il superamento del vissuto negativo legato al reato (14). La disciplina nazionale, al contrario, pur circondando vittime e testi fragili di esperti, garanzie e forme di protezione (anche tecnologica: si pensi all'esame "schermato"), ha trascurato di limitare il numero degli esami, specialmente in corso di indagine (15), ed ha offerto quelle garanzie sofisticate solo in sedi già di per sé più garantite dalla presenza del giudice (incidente probatorio e dibattimento), dimenticando di congegnare regole che presiedano all'assunzione di sommarie informazioni ad opera di parti e polizia giudiziaria. Il risultato è una disciplina che, circondati i testi vulnerabili di speciali protezioni al cospetto di un giudice, li lascia alla mercé delle parti durante le indagini preliminari (oggi peraltro arricchite del filone di inchiesta che fa capo alla difesa), senza garanzie e senza limiti (16). Altro aspetto che non è stato adeguatamente considerato dal legislatore è quello delle tecniche e modalità di documentazione dei contributi informativi dei soggetti deboli. Le fonti europee ammoniscono sul come, per poter limitare il più possibile pressioni e traumi a danno di testimoni vulnerabili, essi dovrebbero essere esaminati il più possibile a ridosso dei fatti e tendenzialmente non più di una volta. Ne deriva che, per assicurare un adeguato bilanciamento con gli altri interessi in gioco ed evitare la tentazione di compulsare le fonti più volte, è naturale che le

---

(14) L'art. 25 R (97)13 precisa che: « *vulnerable witnesses should, whenever possible, be examined at the earliest stage of criminal proceedings, as soon as possible after the facts have been reported* ». L'art. 26, di seguito, aggiunge perentoriamente che: « *such examination should not be repeated* ». Più in particolare, in ordine ai bambini vittima o testimoni di sfruttamento sessuale, il § 33 della R (2001)16, obbliga a « prevedere condizioni speciali per le deposizioni dei bambini (…), al fine di ridurre il numero delle dichiarazioni e delle udienze del bambino e in tal modo limitare quanto più possibile il danno causato alle vittime, ai testimoni e alle loro famiglie ed accrescere la credibilità delle loro dichiarazioni, nel rispetto della loro dignità ».

(15) Cfr. Caraceni 2008, p. 29; Iafisco 1999, p. 136.

(16) Si tratta di rilievo critico largamente condiviso in dottrina: cfr. Caraceni 2008, p. 29; Giostra 2005, p. 1023; Pansini 2001, p. 117 ss.; Scomparin 2000, p. 293 ss.; Siracusano 2008, p. 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tecniche di documentazione impiegate siano chiamate a garantire una particolare affidabilità, traghettando così in giudizio dichiarazioni complete, facilmente valutabili, non esposte a manipolazioni (17). Va da sé che il modo migliore di procedere in simili ipotesi sarebbe il ricorso agli audiovisivi. Anche su questo aspetto, le novelle della legislazione italiana mostrano un severo ritardo e non poche contraddizioni: di nuovo, abbiamo sì contemplato la possibilità di far uso della registrazione audio video, ma solo in incidente probatorio e con un precetto privo di sanzione (18), mentre nulla di simile è previsto quanto alla ben più delicata e controversa fase delle indagini, le cui risultanze potrebbero anche trovare spazi di spendibilità dibattimentale (19).

Infine, va rammentato come nel campo della protezione dei soggetti deboli dall'impatto negativo del processo si registri una ricchezza dell'impianto normativo, cui corrisponde però una sostanziale fragilità: ci sono copiose e dettagliate regole, ma la loro violazione — a guardare la giurisprudenza della Corte di cassazione — non comporta conseguenze processuali di sorta. Anzi, in questa cornice affiora un quadro che è connotato proprio da un rigoglio di norme, la cui applicazione resta affidata alla valutazione discrezionale del giudice che

---

(17) Cfr. Corte EDU, 2 ottobre 2002, S.N. c. Svezia, § 52-53; Corte EDU, 10 novembre 2005, Bocos Cuesta c. Paesi Bassi, § 71; Corte EDU, 24 settembre 2007, W.S. c. Polonia, § 59.

(18) Così, fra i molti, Bargis 1996, p. 514; Coppetta 2008, p. 157; Iafisco 1999, p. 143; *contra* Spangher 2000, p. 706, secondo cui in caso di inosservanza la sanzione processuale sarebbe l'inutilizzabilità.

(19) Si pensi all'ipotesi dell'irripetibilità sopravvenuta (art. 512 c.p.p.) o al caso (non remoto, trattandosi di testi vulnerabili) di pressioni illecite sul dichiarante volte a non farlo deporre o a fargli deporre il falso (art. 500 comma 4 c.p.p.); si dovrebbe comunque ritenere che, in simili evenienze, ove il processo non registrasse occasioni per la difesa di confrontarsi con il testimone, tali dichiarazioni non potrebbero costituire prova decisiva della colpevolezza. Si deve altresì considerare che un esercizio effettivo del diritto di difesa comporta che possano essere adeguatamente controllati gli atti compiuti dagli inquirenti, laddove i soggetti sentiti a sommarie informazioni siano fragili e quindi facilmente manipolabili: una adeguata preparazione della difesa in giudizio comporta che possa essere verificato se, quando ma soprattutto come e da chi i soggetti vulnerabili sono stati sentiti in corso di indagine. Per un suggerimento *de iure condendo*, nel senso di prevedere obblighi specifici di documentazione, modellati sull'attuale art. 141-*bis* c.p.p., Caraceni 2008, p. 67. Si è persa un'occasione in tal senso con i recenti pacchetti-sicurezza, per Canzio 2010, p. 990.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

procede. La ragione del fenomeno è facilmente identificabile. Le norme sono costruite male (o ingenuamente o in mala fede, a seconda di come si preferisce leggere in filigrana gli intenti di un legislatore spesso maldestro) e non contemplano esplicite sanzioni processuali per l'ipotesi in cui vengano violate. Sicché è fisiologico che nelle lacune e tra le superficialità della legge si vada a radicare un forte potere discrezionale del giudice, a maggior ragione se giustificato dal compito di tutelare — più o meno paternalisticamente — i diritti fondamentali dei soggetti più deboli. Così, la disciplina sulla presenza dell'esperto, sul conforto dei familiari, sull'assistenza psicologica, per non parlare della possibile adozione di metodologie di esame particolarmente efficaci (si pensi allo strumentario di cui alla cosiddetta "Carta di Noto"), sono garanzie che la Corte di cassazione afferma condivisibilmente essere affidate dalla legge alle scelte discrezionali del giudice (20). Di certo, è un'opzione legata alla necessità di tenere conto delle infinite variabili dei casi di specie, in evenienze del genere, ma anche e soprattutto dovuta alla mancanza di un corredo sanzionatorio adeguato a presidio delle garanzie che pure sono state dettagliatamente scritte (21). Così, il sistema annovera numerose forme di tutela, ma piena

---

(20) Sull'impossibilità di ravvisare sanzioni processuali per l'inosservanza dell'art. 498 comma 4 c.p.p., Cass., 21 febbraio 1997, Mirino, in *Guida dir.,* 1997, f. 18, p. 75; Cass., 4 novembre 1997, Milici, *ivi*, 1998, f. 11, p. 85; Cass., 25 marzo 2003, Grillo, in *Arch. n. proc. pen*., 2004, p. 352. In termini anche più ampi, si considera priva di conseguenze processuali la violazione non solo dell'art. 498 comma 4 c.p.p., ma anche degli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 3-*bis* e 473 c.p.p., nonché dell'art. 609-*decies* c.p.: cfr. Cass., 25 marzo 2003, Grillo, cit.; Cass., 28 settembre 2005, Schimmenti ed a., in *Arch. n. proc. pen*., 2007, p. 364. Da ultimo, si veda Cass., 28 ottobre 2009, C., in *Ced* 245376, ove si precisa che la mancata adozione delle cautele previste dalla legge a protezione del minore non è deducibile in sede di impugnazione da parte dell'imputato, per carenza di interesse. Deve essere fatto un discorso a parte quanto all'applicabilità della Carta di Noto, ossia di modalità di conduzione dell'esame del minore facenti parte di un protocollo elaborato e largamente condiviso dagli esperti del settore; si tratta di regole scientificamente autorevoli ma non giuridicamente rilevanti, delle quali è fisiologico che non possa predicarsi la vincolatività per chi procede, come effettivamente la Corte di cassazione non può che riconoscere: v. Cass., 14 dicembre 2007, Granillo, in *Riv. pen.,* 2008, p. 1195; Cass., 10 aprile 2008, Gruden ed a., in *Giust. pen*., 2008, III, c. 694.

(21) Il deficit sanzionatorio in materia è segnalato criticamente in dottrina, ove si registra vuoi lo sforzo di superare per via esegetica il problema facendo ricorso all'art. 188 c.p.p. e alla sanzione di inutilizzabilità ivi prevista, vuoi la prospettazione dell'esi-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

libertà di applicarle e disapplicarle; molte garanzie, ma affidate al grazioso intervento e alla sensibilità, umana e culturale, di chi arbitra il processo e ne governa le forme (22), in una sorta di "inquisitorio di garanzia" che affida al giudicante il potere di proteggere i diritti individuali dei terzi estranei al processo dalle sue stesse dinamiche.

Piuttosto, questa peculiare conformazione del sistema sta producendo una piccola nemesi storica. In una sorta di singolare circolarità, il problema del ruolo dei testimoni deboli si ripercuote di nuovo, come in origine, sul piano dell'attendibilità della prova. È in questo senso la giurisprudenza della Cassazione, poiché la Suprema Corte, nel negare che l'inosservanza delle garanzie a tutela dei testimoni vulnerabili produca nullità o inutilizzabilità della prova, afferma incidentalmente che, tuttavia, dal fatto che siano applicati o meno certi strumenti o certe regole può dipendere l'affidabilità del risultato probatorio (23). Il codice del 1988 si era preoccupato di tutelare la serenità del testimone minorenne, preservandolo dall'aggressività dell'esame incrociato, ma già nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in ordine al necessario allineamento delle garanzie del teste infermo di mente a quelle assicurate al minorenne, è affiorata una diversa dimensione: con tali strumenti si vuole sì proteggere dall'impatto negativo del processo diritti fondamentali degli individui (direttamente riferibili all'art. 2 Cost.), ma anche preservare la genuinità della prova (24). Si ammette, insomma, che il contraddittorio a volte è dannoso su più fronti: non solo compro-

---

genza di metter mano alla questione in termini espressi attraverso un intervento legislativo: cfr. Caraceni 2008, p. 65 ss.; Di Chiara 2005, p. 113.

(22) Per l'esplicita ricostruzione dell'art. 498 comma 4 c.p.p. come fonte di un potere discrezionale del giudice che procede, v. Cass., 19 ottobre 2000, Musolino, in *Guida dir.*, 2001, f. 4, p. 92.

(23) Così, con riferimento alla Carta di Noto, Cass., 29 settembre 2006, XY, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 595; Cass., 10 aprile 2008, Gruden ed a., cit. Con riguardo invece all'applicabilità delle cautele in esame alla fase delle indagini preliminari, v. Cass., 9 novembre 2006, Porretti, in *Riv. pen.*, 2008, p. 280. Colloca sul piano dell'attendibilità della prova anche l'eventuale impiego ad opera del giudice o dell'esperto di domande suggestive nell'esame del minorenne, Cass., 28 ottobre 2009, C., in *Ced* 246205. In dottrina, sulla novità del nesso tra metodologie dell'esame e attendibilità della testimonianza, Pontin 1997, p. 74.

(24) V. Corte cost. n. 283 del 1997, nonché Corte cost. n. 63 del 2005. In riferimento a quest'ultima, peraltro, è stato osservato come, a fronte della preminente

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mette l'equilibrio e la serenità dei singoli, quando sono particolarmente vulnerabili, ma in simili evenienze è strumento perverso, atto non a produrre verità, ma a manipolare surrettiziamente il contenuto delle dichiarazioni, a generare non-verità. È inevitabile, allora, che dalla parziale rinunzia ad esso e dai modi alternativi con i quali si costruisce il sapere processuale, dipenda l'affidabilità degli esiti; il mezzo di prova, quando i modi e le tecniche della sua formazione non sono dati una volta per tutte, ma sono fluidi ed affidati alle decisioni del caso di specie, produce risultati che solo la sensibilità del giudice di merito può soppesare. Riaffiorano, così, le logiche del libero convincimento e il problema della testimonianza della fonte fragile finisce con il riproporre le antiche cadenze e il consueto dubbio: se, quando e quanto sia davvero attendibile. Con qualche differenza, tuttavia, e non senza contraddizioni.

Il libero convincimento odierno, innanzitutto, ha natura in qualche misura "tecnocratica", essendo fortemente condizionato dal particolare "successo" che hanno oggi nel rito penale le prove scientifiche e i saperi extragiudiziari in genere. L'uso degli esperti nella conduzione dell'esame, l'impiego della perizia psicologica (spesso ancor prima che la deposizione venga resa) per verificare l'attendibilità del testimone, non possono che influire sulle modalità di vagliare il risultato dell'esperimento probatorio in fase decisoria, con un'impostazione di segno "neopositivista" che sembra recuperare risalenti suggestioni sulla possibilità di dare fondamento scientifico alla valutazione della prova testimoniale ([25]). Il libero convincimento, così, è quello di un giudice in qualche modo "bicefalo", affiancato com'è dal suo *alter ego* tecnico-scientifico, il perito. Su questo terreno, anzi, c'è forse da guardare con sospetto, più che in altri ambiti — si evocava nel corso di questi stessi lavori il crescente

---

tutela della personalità del teste, il diritto all'esame incrociato appaia connotato da « un coefficiente di cedevolezza particolarmente elevato » (TASSI 2005, p. 609).

([25]) Per un verso, appartiene al dibattito a cavallo tra Ottocento e Novecento, lo sforzo di costruire una teoria psicologica della testimonianza: cfr. NOBILI 1974, p. 299, nota 7 e gli Autori ivi citati. Inoltre, è interessante rilevare come non sia nuovo nemmeno l'auspicio all'impiego dell'esperto nell'esame della fonte fragile, proprio al fine di costruire un risultato probatorio attendibile: v., in tema, con specifico riferimento all'esame del minore in sede di interrogatorio di polizia, ALTAVILLA 1958, p. 211; SACERDOTE 1959, p. 441.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

peso processuale della "prova del dna" — la rilevanza del contributo delle scienze nel giudizio penale, quanto meno nella prospettiva del ricorso alla psicologia, alla psichiatria o alla pedagogia per formare e vagliare il contributo di soggetti dall'attendibilità in sé precaria, per suggestionabilità, capacità di costruzione fantastica del ricordo, esposizione a pressioni e manipolazioni, tendenza alla rimozione, alta reattività a condizioni di stress, sottoposizione a un trauma che interferisce gravemente con la capacità di ricordare e riferire lucidamente i fatti. Il vaglio di credibilità è in simili evenienze delicatissimo e arduo da conciliare con la pretesa di obiettività della scienza. Piuttosto, appare alto il rischio di un convincimento giudiziale subordinato ad una nuova, occulta forma di prova legale, che, attraverso il combinarsi di giurisprudenza e metodologie scientifiche, ne premi alcune a preferenza di altre, facendo sì che i risultati di prove formate con determinate modalità ritenute "psicologicamente" più valide, si accreditino automaticamente come attendibili ([26]).

L'ambito della tutela dal processo del testimone vulnerabile, dunque, mostra un'evoluzione ancora in divenire, sulla quale sarebbe opportuno riflettere, sia per le tendenze del sistema che essa manifesta all'osservatore e all'interprete, sia per le opportunità che spiega tuttora innanzi al legislatore. La necessità di riordino della disciplina, l'esigenza di portare a compimento una razionalizzazione interna delle tutele (si pensi al difficile parallelismo tra minorenni ed infermi di mente), l'individuazione nitida dei soggetti da tutelare (magari al di là delle fattispecie di reato perseguite), il disegno chiaro di una metodologia di formazione della prova che assicuri un equo bilanciamento tra tutela dei singoli e diritto di difesa: questi i terreni sui quali appare necessario incamminarsi, per garantire che l'ordinamento armonizzi con coerenza, nel quadro delle garanzie costituzionali, lo statuto epistemologico del processo e i diritti fondamen-

([26]) Altro sarebbe un vincolo "in negativo", implicante una degradazione *ex lege* del valore persuasivo della testimonianza non corroborata dall'impiego di un metodo di esame efficace secondo gli *standards* riconosciuti e accreditati della moderna psicologia. Per una proposta in tal senso, legata però all'uso della perizia psicologica sulla credibilità del testimone minorenne — specie se vittima di reati a sfondo sessuale — v. già AMODIO 1973, p. 335.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tali degli individui che nel rito, sia pure da non protagonisti, sono coinvolti.

Riferimenti bibliografici

ALTAVILLA E. (1948)[3], *Psicologia giudiziaria*, Torino: Utet.

ALTAVILLA E. (1958), *La poca attendibilità delle accuse dei bambini per delitti sessuali*, in *Nuovo dir.*, p. 207-211.

AMODIO E. (1973), *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 310-339.

BALSAMO A.-RECCHIONE S. (2008), *La protezione della persona offesa tra Corte Europea, Corte di Giustizia delle Comunità Europee e carenze del nostro ordinamento*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R. E. Kostoris, Torino: Giappichelli, p. 306-331.

BARGIS M. (1984), *Profili sistematici della testimonianza penale,* Milano: Giuffrè.

BARGIS M. (1996), *Commento all'art. 14 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, p. 505-517.

BRICOLA F. (1997), *Politica penale e politica dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *Scritti di diritto penale*, II, t. I, Milano: Giuffrè.

BUZZELLI S.-MAZZA O. (2005), *Codice di procedura penale europea*, Milano: Raffaello Cortina Editore.

BUZZELLI S. (2008), *Il minore fonte di prova vulnerabile: quadro giuridico e buone prassi europee*, in *Ind. pen.*, p. 397-411.

BUZZELLI S. (2008), *Il panorama delle garanzie a protezione della fonte fragile: il contesto europeo*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano: Giuffrè, p. 1-20.

CANZIO G. (2010), *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, p. 985-992.

CARACENI L. (2008), *Assunzione di dichiarazioni dalla fonte di prova minorenne e attività investigativa della pubblica accusa*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano: Giuffrè, p. 21- 67.

CASSIBBA F. (2009), *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n.11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*), a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino: Giappichelli, p. 299-325.

COPPETTA M.G. (2008), *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano: Giuffrè, p. 121-165.

DE FELICE C. (1951), *Il valore delle testimonianze dei fanciulli*, in *Foro pen.*, c. 84-86.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

DELLA BELLA A. (2009), *Le linee generali della riforma*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n.38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*), a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino: Giappichelli, p. 203-227.

DI CHIARA G. (2005), *La tutela della fonte testimoniale nelle indagini preliminari del pubblico ministero e del difensore*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale (atti del convegno di Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003)*, Milano: Giuffrè, p. 73-126.

DONINI M. (2008), *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, p. 3558-3572.

FRAMARINO DEI MALATESTA N. (1895), *La logica delle prove in criminale*, Torino: Utet.

GIOSTRA G. (2005), *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1019-1028.

IAFISCO L. (1999), *Commento all'art. 13 l. 3 agosto 1998, n. 269*, in *Leg. pen.*, p. 129-148.

LONATI S. (2008), *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino: Giappichelli.

MARANDOLA A. (2009), *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e* stalking, in *Dir. pen. proc.*, p. 946-972.

MAZZA O.-VIGANÒ F. (2009), *Introduzione*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n.11, conv. in legge 23 aprile 2009, n.38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino: Giappichelli, p. I-XXIV.

NOBILI M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè.

PANSINI C. (2001), *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Padova: Cedam.

PERCHINUNNO V. (1972), *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano: Giuffrè.

PONTIN M. (1997), *Riferimenti normativi per la testimonianza del minore vittima di abuso sessuale*, in *Crit. dir.*, p. 69-78.

RICCIO G. (1982), *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli: Esi.

SACERDOTE A. (1956), *Osservazioni sulla capacità psichica a testimoniare nelle cause civili e penali*, in *Giust. pen.*, I, c. 68 ss.

SACERDOTE A. (1959), *Sull'attendibilità delle testimonianze dei fanciulli nei processi per reati sessuali*, in *Scuola positiva*, p. 428-441.

SCIUMÈ A. (1994), *La prova testimoniale nel processo penale italico fra Otto e Novecento: la ricusazione tra libero convincimento del giudice e diritti delle difese*, in *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens*, a cura di A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, p. 192-212.

SCOMPARIN L. (2000), *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova: Cedam.

SIRACUSANO F. (2008), *Indagini difensive e "persona informata" di minore età*,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano: Giuffrè, p. 69-120.

SPANGHER G. (2000), *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario e in quello minorile*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano: Giuffrè, p. 703-726.

TASSI A. (2005), *La Corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente*, in *Giur. cost.*, p. 605-612.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ROBERTO E. KOSTORIS

MODELLO ACCUSATORIO, CULTURA INQUISITORIA, SCENARI EUROPEI, TRA PRESENTE E FUTURO DEL PROCESSO PENALE

1. In questo incontro davvero riuscitissimo tra storici del diritto e processualpenalisti l'attrazione reciproca verso quella che si potrebbe definire l'"erba del vicino" è forte, tanto da aver dato luogo talora quasi ad un accenno di scambio dei ruoli. Fuor di celia, quest'occasione ci può aiutare a fare una più disincantata e distaccata riflessione sul presente e sul futuro prossimo venturo del nostro processo penale.

Anzitutto mi pare giusto ribadire che il codice del 1988 ha segnato un momento di sicura discontinuità con la tradizione: sarebbe una forzatura negarlo, come pure talvolta mi sembra sia stato fatto nel corso di questo dibattito! La diversa logica a cui si ispira quel modello, la diversa idea del processo che propone, la differenziazione dei ruoli, il rilievo dato alla posizione delle parti sono tutti elementi che, per quanto offuscati da correnti contrarie e da nubi minacciose che si sono susseguite nella cangevole meteorologia di questi vent'anni, segnano un'indubbia differenza rispetto al passato. È altrettanto vero però che questo modello — nonostante l'opera restauratrice operata dalla riforma del "giusto processo", che lo ha costituzionalizzato e sostanzialmente riportato ai fondamenti originari, dopo gli stravolgimenti che aveva subìto nel 1992 — appare ancora oggi in qualche misura precario e instabile; un modello di garanzie spesso più ideale che concretamente applicato, e, dunque, in definitiva, assai meno pregnante di quanto speravano i suoi artefici.

2. Sono tanti i motivi di questa precarietà, che affondano sicuramente in primo luogo nella resistenza culturale (anzitutto da parte degli operatori e poi anche del legislatore) a liberarsi degli

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

schemi e dalla logica inquisitoria del processo misto, oltre che nelle derive securitarie, nelle logiche da doppio binario, nella sempre più forte commistione e interazione tra prevenzione e repressione.

Ma è interessante ricordare un aspetto di struttura che poteva far presagire quella fragilità già nell'assetto originario del 1988. Per il legislatore del nuovo codice le indagini preliminari dovevano rappresentare — in antitesi alla vecchia istruzione del codice previgente — una fase agile, snella e di breve durata, tanto da conoscere appositi termini massimi per il suo compimento. Ma già con la predisposizione delle norme di attuazione questa impostazione veniva di fatto smentita dall'art. 125 att. c.p.p., che si incaricava — e tuttora si incarica — di condizionare l'esercizio dell'azione penale al fatto che siano stati raccolti in quella fase "elementi sufficienti a sostenere l'accusa in dibattimento", cioè, nella sostanza, elementi tali da poter formulare una prognosi di condanna. È ben vero — ce lo confermano gli storici — che anche ai tempi del diritto comune non si poteva far luogo all'*inquisitio specialis* (che, con una certa approssimazione, potremmo accostare alla moderna imputazione) senza la presenza di una certa base indiziaria, di consistenza peraltro non chiaramente precisata, ma è chiaro che immettendo l'art. 125 att. c.p.p. nel circuito sistematico del codice, il legislatore del 1988 realizzava — "da subito" — un'operazione in qualche misura in controtendenza con l'idea stessa di un processo focalizzato sul dibattimento come luogo elettivo di assunzione della prova, rispetto al quale le indagini preliminari avrebbero dovuto rappresentare solo una veloce fase preparatoria. Basti pensare che il più diretto precedente di questo modello, cioè l'"inchiesta di parte" prefigurata nella Bozza Carnelutti, doveva avere una durata massima di tre mesi ed era finalizzata ad una meno impegnativa valutazione di "probabilità" sull'esistenza del reato e sulla responsabilità dell'imputato, proprio per segnare — come non mancava di rimarcare esplicitamente il suo stesso autore — un vistoso distacco dall'impostazione del codice Rocco, che "erroneamente" assegnava alla fase istruttoria nientemeno che il compito, tipico della cultura inquisitoria di matrice continentale, di "accertare la verità".

Senoché la "completezza investigativa", sostanzialmente implicata nel codice del 1988 dalla previsione dell'art. 125 att. c.p.p. e poi ufficialmente elevata a principio dalla stessa Corte costituzionale,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

immaginata forse per favorire un dibattimento più spedito, o, addirittura, concepita sotto le spoglie di una garanzia individuale (quella di non sottoporre inutilmente a processo un imputato nei cui confronti non sia emersa una solida base accusatoria), rischiava di presentarsi in realtà come una sorta di surrogato, di riedizione aggiornata, sia pur più accattivante e meno aggressiva, di quello stesso concetto. A parte il fatto che, sotto il profilo "strutturale", essa finiva per propiziare uno slittamento in avanti del dibattimento, una sua celebrazione più tardiva, pregiudicando così l'obiettivo — tanto sbandierato dal riformatore del 1988 — di formare le prove a non eccessiva distanza dai fatti, che rappresentava il necessario corollario della raggiunta centralità della fase dibattimentale, è chiaro infatti che, fatalmente, tutto quello spiegamento investigativo era destinato a creare un evidente e permanente "interesse" a "non disperdere" — e quindi ad utilizzare probatoriamente — i dati acquisiti, contrariamente a quanto postulava la distinzione tra fasi prefigurata dal legislatore del 1988.

Sul principio di non dispersione, come ben sappiamo, avrebbero fatto leva la Corte costituzionale e la controriforma del 1992 per abbattere le paratie tra indagini e dibattimento, tra atti investigativi e prove; ma anche oggi che gli assetti del sistema si sono riposizionati secondo gli schemi originari e che la formazione in contraddittorio delle prove è sancita addirittura a livello costituzionale dall'art. 111 comma 4 Cost., quell'ipertrofia investigativa — che anzi si è via via accresciuta per effetto di successivi interventi normativi e ben al di là degli effetti indotti dall'art. 125 att. c.p.p. — rimane in sé un fattore destabilizzante, sempre aperto ad innescare effetti inquinanti sul sistema. Ed è un'ipertrofia destinata ad autoalimentarsi anche alla luce di ulteriori modifiche intervenute nel tessuto codicistico. Basti un esempio: la stessa riforma del giudizio abbreviato, che ha eliminato la necessità del consenso del p.m. per accedere al rito, implicitamente sprona ancor di più quest'organo a precostituire una base accusatoria inattaccabile già ai fini dell'abbreviato, per controbilanciare i suoi perduti poteri di veto sulla richiesta dell'imputato.

3. Dal canto suo, poi è lo stesso dibattimento, sempre più compresso e accerchiato dalle indagini a conoscere ulteriori occasioni "interne" di svilimento. Anzitutto ad opera delle degenerazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

della prassi, che tende quotidianamente a superare con i più vari *escamotage* (spesso palesemente *contra legem*) gli sbarramenti normativi predisposti dal legislatore contro l'ingresso degli atti investigativi nel materiale probatorio: quante volte, ad esempio, vengono qualificate come documenti, e conseguentemente utilizzate come prove, le verbalizzazioni di atti di polizia, e quante volte il giudice del dibattimento "invita" addirittura le parti ad "accordarsi" per l'allegazione di tutto il fascicolo del p.m. al fascicolo per il dibattimento, con la sottomessa accondiscendenza del difensore! E quante volte sovvertendo il modello del 1988, che rendeva le parti protagoniste dell'istruzione dibattimentale, il giudice tende a riappropriarsi, ben al di là dei limiti segnati dall'art. 507 c.p.p., dell'antica funzione dirigistica e formativa della prova che aveva nel codice previgente, legata alla cultura del principio di autorità di matrice inquisitoria, che vedeva in lui il vero detentore della ricerca della verità. Qualcuno obietta che ciò avverrebbe solo nei casi di conclamata apatia istruttoria delle parti; ma l'esperienza dimostra che si tratta di una tendenza a vocazione più espansiva. Ed è superfluo avvertire quanto un coinvolgimento del giudice nella formazione della prova possa ridondare in pregiudizio per la sua posizione di imparzialità.

Insistiamo forse troppo poco sul ruolo della prassi nella vita concreta del processo, considerandola un'entità spuria ed impura, e, come tale non degna di attenzione. A torto, perché, a ben vedere, se la prassi si muove in senso non adesivo alla legge, e, dunque, non si limita a razionalizzarla, ma la manipola per evitare che produca i risultati in vista dei quali è stata concepita, essa rappresenta in realtà una spia dell'inadeguatezza di quella legge rispetto alle reali aspettative, al "sentire", alla "cultura" degli operatori, specie dei giudici e dei pubblici ministeri. Sarebbe allora un errore ignorare questa reazione di rigetto, sublimandola in tranquillizzanti riaffermazioni sulla giustezza delle scelte normative, aggrappandosi a un ideale di giustizia che poi non trova riscontro nelle aule di giustizia.

Un secondo fattore di svilimento del dibattimento viene però anche dal declino che sta conoscendo la stessa prova oraledichiarativa, per effetto dell'uso sempre più massiccio dei suoi succedanei tecnologico scientifici. Non solo di quello ormai "tradizionale" dell'intercettazione, ma specialmente di quelli di nuova ge-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nerazione, come il test Dna e, soprattutto le varie forme di captazione di dati telematici, che non solo sono spesso destinate a operare in sedi non dibattimentali, ma che segneranno probabilmente un complessivo appiattimento delle conoscenze: è facile infatti pronosticare che rispetto ai medesimi il contraddittorio si polarizzerà soprattutto sui profili tecnici, per verificare la genuinità del prodotto, rispetto al rischio di contraffazioni o alterazioni, piuttosto che sulla credibilità dei contenuti dichiarativi che vi sono incorporati, la quale potrebbe finire per essere considerata quasi implicita nella stessa esistenza del messaggio. Il sempre più diffuso impiego della prova digitale rispetto a quella testimoniale porterà dunque verosimilmente ad un vistoso aumento di verbali, con il progressivo rarefarsi di quel "contraddittorio nella formazione della prova", simbolo della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., per sua natura strettamente legato alla costruzione delle prove orali.

4. Insomma, il modello del 1988, pur prezioso e importante, rivela nella sua dimensione applicativa (ma, come si diceva, per certi aspetti già nella sua impostazione strutturale di partenza) limiti e criticità di vario genere. Va, insomma, smitizzato e in qualche misura "relativizzato". Del resto, esso si trova e sempre più si troverà a confrontarsi e a interagire con un fattore di grandi potenzialità operative: l'irrompere massiccio dell'Europa, che sarà destinato a segnare probabilmente una nuova stagione nella stessa concezione delle garanzie e del sistema.

Basti pensare all'incontro di un sistema come il nostro, tradizionalmente informato ad una concezione statualistico-formale delle garanzie che, pur nella diversità delle soluzioni applicative, abbiamo ereditato senza soluzione di continuità dai codici precedenti, dove la violazione di quelle garanzie determina specifiche forme di invalidità in conseguenza del solo mancato rispetto della norma che le prevede, indipendentemente da alcuna valutazione "sostanziale" sull'effettivo pregiudizio subito dall'interessato, con un sistema come quello prefigurato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha invece una spiccata concezione "sostanziale" delle garanzie, anzi, dei ditti individuali, che restano ancorati ad una valutazione concreta di un caso giudiziario, considerato nella sua

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

complessità: dunque facendo applicazione di una logica di proporzionalità che guarda alla effettiva incidenza della violazione sul complessivo svolgimento del processo.

Questo incrocio tra il nostro sistema e quello della CEDU, che ha conosciuto negli ultimissimi anni una svolta assai significativa ad opera della Corte costituzionale, è destinato a connotare sempre più un diverso approccio al sistema delle garanzie. Da un lato infatti, le norme della CEDU, nell'interpretazione (e con l'implementazione) datane dalla Corte europea sono diventate — dopo le sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale — parametri interposti di costituzionalità delle nostre norme interne (pur con tutti i problemi che ne potranno derivare, essendo la Corte europea un giudice dei casi concreti e non una corte suprema che enuncia principi di diritto, per cui i parametri interposti andranno induttivamente — e non sempre agevolmente — ricavati dal complesso della motivazione). Dall'altro lato, quelle garanzie sono recepite dallo stesso Trattato di Lisbona attraverso la Carta di Nizza come principi dell'Unione europea: nelle materie di competenza dell'Unione e in quelle attuative esse avranno dunque diretta efficacia nel nostro sistema come norme dell'Unione ai sensi dell'art. 11 Cost.

Tutto ciò implicherà di non poter più ragionare secondo una dimensione meramente interna e autarchica delle fonti, ma in una logica di interazione con le fonti europee e in una prospettiva di rilettura del nostro sistema secondo criteri di conformità convenzionale.

Ne emergerà probabilmente sempre più un diverso concetto di legalità processuale. Non sarà realistico conservare la nostra selva di garanzie formali. Importanti ripercussioni si potranno determinare sul piano delle invalidità e su quello delle prove.

Dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea viene, insomma, una concezione duttile alle garanzie, sensibile alle implicazioni concrete. Certo, i sistemi come quello della CEDU e della UE e gli organi giudiziari che li tutelano (rispettivamente la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea) presentano rispetto alle entità statuali e ai loro organi giudiziari il grande vantaggio di non doversi confrontare con problemi di strutture e di gestione concreta dei servizi giudiziari: non soffrono cioè di carenze di uomini e di mezzi; non sono dunque

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

condizionati dalle deviazioni della prassi legate a questi fattori negli ordinamenti interni. E non conoscono le incrostazioni culturali che possono gravemente ipotecare l'attecchimento delle riforme nell'ambito degli ordinamenti statuali. Possono dunque prescinderne nelle loro decisioni e statuizioni. Creando però un obbligo di uniformarsi alle loro indicazioni, potranno rappresentare per noi un antidoto contro troppo macroscopici divorzi tra modelli ideali, pur molto alti, di garanzie (più alti talvolta di quelli praticati dalla giurisprudenza europea: pensiamo solo al contraddittorio nella formazione della prova richiesto dal nostro art. 111 comma 4 Cost. e quello differito ritenuto sufficiente da Strasburgo) e la tendenza a cui si è fatto cenno ai loro vistosi esautoramenti nel momento applicativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

TAVOLA ROTONDA

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ENNIO AMODIO

VERSO UNA STORIA DELLA GIUSTIZIA PENALE IN ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA

1. Il programma della storiografia sul processo penale: la ricerca di una architettura invisibile. Le radici storiche del diritto delle prove penali. — 2. Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il « garantismo inquisitorio » in Italia tra il 1955 e il 1988. — 3. Un tema di storia contemporanea: il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico.

1. *Il programma della storiografia sul processo penale: la ricerca di una architettura invisibile. Le radici storiche del diritto delle prove penali.*

Negli ultimi vent'anni la storiografia giuridica italiana ha scoperto un continente rimasto troppo a lungo sommerso e inesplorato: quello della giustizia penale amministrata nell'Ottocento postunitario e nel Novecento dell'età liberale, fascista e repubblicana. Un fiorire di studi su temi centrali dell'esperienza processuale penale ha colmato a poco a poco una lacuna da tempo avvertita come un vero vuoto culturale dagli interpreti del sistema vigente (1). Certo, non si può dire che si sia oggi pervenuti ad una compiuta ricostruzione delle vicende storiche che hanno condotto il rito penale ad assumere l'attuale fisionomia plasmata dal codice del 1989 e dalla riforma costituzionale del 1999 sul giusto processo. Si è però scavato molto e le analisi svolte sulle tre codificazioni antecedenti l'ordinamento vigente (1865, 1913 e 1930), le rivisitazioni del dibattito tra le

(1) V., ad esempio, Nobili 1974, p. 17 ss.; Amodio 1970, p. 440 ss. Nonché Id. 1974b, p. 408 ss.

Segnala questi contributi come testimonianze di un "dialogo ricercato" con gli storici del diritto, Michele Pifferi (*supra*, p. 26).

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

avanguardie del pensiero giuridico, le incursioni nella prassi, documentata anche da una ricca pubblicistica divulgativa sulle cause celebri, hanno consentito di approdare a cospicui risultati (2). Sono affiorati i nodi problematici e le idee-forza di un sistema processuale che, al traguardo di una lunga marcia durata più di centoventi anni, si è spogliato della eredità inquisitoria di stampo francese per approdare ad un modello accusatorio sensibile alle suggestioni della tradizione angloamericana.

Dopo questi passi da gigante, diventa ora più facile il dialogo tra storici e processualpenalisti. Lo scambio tra le due culture può essere proficuo perché se, da un lato, noi giuristi cominciamo a vedere meglio le radici di tanti gangli vitali della nostra procedura, dall'altro, gli storici possono prendere a prestito da noi le lenti con le quali siamo abituati ad osservare la giustizia penale, per accertare se nel passato vi sono le radici del malessere che avvertiamo nel presente.

Cosa chiediamo ad una storiografia ormai aperta alle ricerche sul processo penale in età moderna e contemporanea? Anzitutto di far affiorare nel modo più leggibile la matrici culturali e ideologiche dell'esperienza processuale con la quale oggi ci confrontiamo. Abituati come siamo a lavorar di bulino sul codice, ad infilarci nei meandri della giurisprudenza e a cercare di scoprire le divaricazioni tra norme e pratica giudiziaria rischiamo ad ogni passo di dimenticare che coloro che ci stanno di fronte — il pubblico ministero che interroga l'inquisito per farlo confessare; il giudice dibattimentale che interferisce nella prova elaborata del difensore; il giudice d'appello che liquida con burocratica superficialità il gravame dell'imputato — non sono gli interpreti di un copione tutto scritto nelle norme processuali, ma recitano un ruolo che viene da una cultura secolare in cui le garanzie sono un orpello o un intralcio al cammino verso la solenne riaffermazione della pretesa punitiva.

Da qui il programma della ricerca storica: far emergere l'architettura invisibile della giustizia penale per accertare quanta parte del vissuto giudiziario del passato sia ancora capace di condizionare

(2) Si vedano i lavori a più voci, talvolta inevitabilmente disorganici perché volta a volta incentrati su singoli istituti di differenti periodi storici: Miletti 2006; Marchetti 2007; Colao, Lacchè e Storti 2008; Garlati 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

l'effettiva operatività degli istituti processuali. Come la sociologia insegna a guardare al di là delle norme per rilevare empiricamente ciò che accade sulla scena giudiziaria, così la storia rende percepibile la qualità dell'*humus* sul quale continuano ad operare gli attuali interpreti della vicenda processuale. Aprendo gli occhi, ovviamente, non solo sul terreno sdrucciolevole e accidentato che non favorisce la corretta attuazione delle garanzie difensive, ma anche su quel pavimento di legno levigato e stagionato che rende oggi possibile, in molti casi, raggiungere il traguardo di un virtuoso equilibrio tra efficienza e garanzie.

Per non rimanere sul piano della astrazione metodologica, cerco di esemplificare il modo di condurre la ricerca storica integrata dalla consapevolezza dei temi emergenti dalla esperienza processuale del tempo presente.

Prendiamo uno dei settori del vigente codice di procedura penale in cui si registra il maggiore distacco dalla matrice inquisitoria del processo penale del continente europeo.

Come è noto il nuovo sistema ha segnato la nascita di un vero e proprio diritto delle prove penali, inteso come luogo di disciplina dei principi generali e della fisionomia dei mezzi di prova e di ricerca della prova (libro III del codice). Una serrata rete logico-normativa incanala l'acquisizione del materiale probatorio sottraendolo al dominio del giudice: le prove sono ammesse a richiesta delle parti, che hanno diritto alla ammissione dei mezzi funzionali all'accertamento dei rispettivi assunti (art. 190); sono inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (artt. 190 e 191 c.p.p.).

Questa scelta in favore della legalità del conoscere giudiziale, allineata alle esigenze del rito accusatorio, ripudia un passato inquisitorio in cui il principio di "ricerca della verità materiale" è stato in tutto il continente europeo il pilastro di un sistema probatorio che ha consentito di scavalcare qualsiasi ordine o limite nell'*iter* di accertamento del reato. Non va dimenticato che nella stessa relazione al Progetto preliminare del 1988 si sottolinea come la norma con cui è definito l'oggetto della prova (art. 187) segni « l'abbandono di una formula giustamente definita frutto di una iperbole come quella contenuta nell'art. 299 c.p.p. 1930 secondo cui il giudice istruttore

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

doveva compiere tutti e soltanto quegli atti che appaiono necessari all'accertamento della verità » (3).

Si sa che sull'onda delle resistenze manifestate dalla magistratura nei confronti di un *modus procedendi* ben diverso da quello che tradizionalmente garantiva al giudice una ampia libertà nell'uso dei dati probatori, in particolare di quelli formati prima del dibattimento, la Corte costituzionale ha elaborato il principio di non dispersione della prova, una riedizione in forma mascherata dell'archetipo inquisitorio racchiuso nella ricerca della verità materiale (4). Superato poi questo assetto mediante la nuova norma costituzionale dell'art. 111 comma 4 che impone la formazione della prova nel contraddittorio, cui ha fatto seguito in sede ordinaria la legge 1° marzo 2001, n. 63 sul giusto processo, la cultura del primato giudiziale nella ricostruzioni del fatto invece di dissolversi mostra di conservare tutta la sua vitalità.

Basta pensare al ruolo dominante che il presidente del collegio continua ad incarnare nel dibattimento non solo nei confronti del difensore, dell'imputato e dei testi, ma anche nei riguardi del pubblico ministero, proprio come se fosse il giudice a detenere un monopolio incontrastabile nell'accertamento della verità. Le iniziative delle parti nel condurre l'esame si scontrano con il sovrano assoluto della prova che censura le domande del difensore, rettifica le risposte dei testi, si autorizza a porre ogni genere di quesiti anche in forma decisamente suggestiva, quasi fosse alla ricerca della conferma, come un vero accusatore, di fatti già ben sedimentati nella sua mente (5).

Come non pensare allora che questa deriva verso un iperattivismo vietato dalle norme sia figlia della vocazione alla ricerca della verità materiale imperante nel processo dell'Italia liberale, così come in quello dell'ordinamento fascista? La magistratura in quei sistemi

---

(3) V. *Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, p. 124-125.

(4) Mi riferisco alle ben note sentenze n. 254 e n. 255 del 1992 della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità dei limiti normativi imposti con riguardo all'uso probatorio pieno delle dichiarazioni extradibattimentali.

(5) Ho descritto questa degenerazione dell'imparzialità del giudice in Amodio 2008, p. 166 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ha concepito la sua funzione istituzionale come baluardo della società nei confronti della delinquenza. Al di là delle riforme che hanno progressivamente sgretolato l'edificio inquisitorio, recependo il dualismo tra fase istruttoria *contra reum* e fase dibattimentale *pro reo* ovvero aprendo spazi partecipativi alla difesa dell'imputato, è sempre rimasta intatta la figura del giudice come *dominus* della prova, che non è l'arbitro di una contesa tra le parti, come il giudice inglese (6), ma siede in udienza per tutelare l'interesse dello Stato alla repressione dei fatti costitutivi di reato.

Non a caso nella disciplina della fase istruttoria dal 1865 al 1930 il giudice istruttore, il magistrato-investigatore creato dal *code d'instruction criminelle* come organo supremo dell'accertamento della verità (7), è espressamente inquadrato tra gli ufficiali della polizia giudiziaria ed è sottoposta al controllo del pubblico ministero dipendente dell'esecutivo (8). Per quanto riguarda il dibattimento è invece il potere discrezionale del presidente della corte d'assise ad offrire la chiave di volta per comprendere il ruolo della magistratura nel diritto delle prove penali. Si trattava di un potere senza limiti, con facoltà di acquisire prove persino in deroga alle forme stabilite dalla legge e dettato certo per "governare" gli orientamenti valutativi dei giurati, ma pur sempre espressivo di una supremazia sulla prova che discendeva dalle funzioni istituzionali riconosciute al giudice (9).

Sono dunque percepibili le linee di una indagine volta a mettere

---

(6) Merita di esser richiamata una illuminante sentenza inglese nella quale si afferma che « nella disciplina del dibattimento frutto della evoluzione storica realizzatasi in questo Paese, il giudice sta in udienza per ascoltare le questioni sollevate dalle parti e pronunciarsi sulle stesse, non già per condurre una indagine o compiere una inchiesta in rappresentanza degli interessi della collettività »: Jones v. N.C.B. (1957) 2 W.L.R. 760.

(7) Oltre al già richiamato art. 299 c.p.p. 1930, v. art. 84 comma 2 c.p.p. 1865 che prescriveva al giudice istruttore « di fare tutte quelle indagini che possono condurre alla manifestazione della verità ». Analogamente, art. 190 comma 1 c.p.p. 1913.

(8) A norma dell'art. 57 c.p.p. 1865, il giudice istruttore esercitava le funzioni di polizia giudiziaria « sotto la direzione e dipendenza del procuratore generale presso la Corte d'appello e del procuratore del Re presso il tribunale correzionale ».

(9) Il potere discrezionale del presidente della corte d'assise, disciplinato dagli artt. 478 ss. codice 1865, altro non era se non la puntuale replica dell'istituto nato nel codice napoleonico del 1808 (artt. 268 ss.). Sul punto rinvio a AMODIO 1979, p. 12-13. Per una recente accurata analisi, sganciata peraltro dalla tematica del sistema probatorio, v. LACCHÈ 2008, p. 101 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

a nudo le radici della persistente insofferenza dei giudici del vigente sistema processuale verso i confini dettati dal rito accusatorio a favore delle parti nella elaborazione della prova. Occorre individuare le diverse aree di irradiazione del principio di ricerca della « verità materiale ed effettiva » come « criterio vivificatore del processo penale » (10) e tracciarne i punti di saldatura con la regola del libero convincimento inteso, nella sua matrice ottocentesca e nei suoi sviluppi in tutto il Novecento, nella sua versione irrazionale ed emotiva, come metodo di valutazione sottratto a qualsiasi regolamentazione normativa.

È una ricerca affascinante che promette cospicui risultati. Ne dovrebbe tra l'altro scaturire una sorprendente conferma della eterogeneità degli esiti conseguiti ad un medesimo istituto in diversi contesti spaziali e temporali. La giuria in Inghilterra ha dato origine alla *law of evidence*, un reticolo di norme sulla ammissione e valutazione della prova finalizzato a prevenire gli errori del giudice laico (11). Trapiantato nel continente europeo, il *jury* ha invece generato l'*intime conviction*, una teoria romantica della prova in forza della quale è cancellato ogni limite normativo in sede di valutazione del fatto perché, come dimostra il verdetto monosillabico dei giurati, il convincimento è frutto di una intuizione inesprimibile sul piano logico (12).

Un'altra ricerca volta a fare affiorare l'architettura invisibile della giustizia penale potrebbe essere quella in tema di custodia cautelare dell'imputato nella fase anteriore al dibattimento. Qui la storiografia ha già svolto importanti indagini sul carcere preventivo a cavallo tra Otto e Novecento e non ha trascurato il tema dei rapporti tra diritto al silenzio e misure coercitive (13), aprendo così la strada a studi di più ampio respiro che rendano percepibili le

---

(10) Florian 1921, p. 6, dove si trova la più completa e originale trattazione del sistema probatorio con una ricca rassegna bibliografica di opere dell'Ottocento italiano ed europeo, non senza una acuta messa a punto della eredità desumibile dalla letteratura dei pratici del diritto comune.

(11) V. di recente, per una sintesi, Dezza 2009, p. 107.

(12) Mi sia consentito rinviare ad una risalente ricerca in cui ho proposto alcune riflessioni sui rapporti tra giuria e libero convincimento: Amodio 1974a.

(13) Mi riferisco ai contributi di Lacchè 1990, e di Garlati 2006, p. 109-179, nonché, tra i processualpenalisti, Giarda 1980, e Corso 2000, p. 189.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

risalenti origini di una delle malattie più recidivanti del nostro processo penale.

Oggi, nonostante l'impegno del legislatore del 1988 ad imbrigliare il potere cautelare dei giudici con rigorose disposizioni sulle modalità di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, le misure coercitive continuano ad essere largamente applicate al fine di acquisire dall'indagato dichiarazioni ammissive o autoincriminanti. Una norma di cristallina chiarezza vieta di usare il carcere per scardinare il diritto al silenzio (art. 274 comma 1 lett. *a*, c.p.p.), ma la prassi mostra come il divieto venga spesso aggirato *ad eruendam veritatem*. Questa cultura di stampo inquisitorio merita di essere messa a fuoco nel suo sottofondo ideologico qual è documentato dalle codificazioni e dalla pratica giudiziaria dell'Italia liberale e dell'ordinamento fascista.

2. *Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il « garantismo inquisitorio » in Italia tra il 1955 e il 1988.*

Vorrei ora svolgere una breve riflessione su un aspetto di metodo della ricerca storica ben noto a chi ha condotto indagini sulla giustizia penale dell'età moderna e contemporanea, ma non trascurato nemmeno dagli interpreti del sistema vigente. Mi riferisco all'impegno a superare le visuali manichee che esasperano l'inconciliabilità delle culture e dei modelli dissimili e irrigidiscono la lettura dalla esperienza processuale di determinati periodi dentro la gabbia di categorie che non ammettono *nuances*. È vero invece che la realtà fa spesso scoprire fenomeni in cui la purezza dell'impronta genetica cede il passo al manifestarsi di incroci tra differenti modi di concepire il processo penale, tanto da esibire vere e proprie forme di ibridazione. Ciò vale in primo luogo per la grande dicotomia accusatorio/inquisitorio (14), anche se la consapevolezza di forme ibride riscontrabili nel vissuto giudiziario non deve indurre a cadere nell'errore opposto, consistente nel negare l'utilità della *summa divisio*.

(14) Al riguardo v., tra i numerosi contributi di storici, sociologici e giuridici sempre oscillanti tra il rigore definitorio e la variabilità dei parametri concettuali, le limpide pagine di Dezza 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Proprio partendo da questa riflessione, ho coniato negli anni Settanta la formula « garantismo inquisitorio » (15) per designare una stagione del nostro processo penale nella quale hanno convissuto, all'interno del codice del 1930, l'originario impianto autoritario di Rocco e Manzini e le norme sui diritti del difensore nell'istruzione formale, varate con la legge del 1955, cui hanno poi fatto seguito sempre maggiori irrobustimenti delle garanzie mediante le sentenze della Corte costituzionale. Si tratta evidentemente di un ossimoro che, esaltando la contrapposizione tra le due ideologie, richiama l'attenzione su una convivenza singolare e a prima vista impossibile.

La formula ha avuto una certa fortuna, al punto che Giuliano Vassalli in uno dei suoi ultimi interventi pubblici la ha utilizzata per sottolineare che il « garantismo inquisitorio » ha consentito la sopravvivenza del codice Rocco, in una veste depurata dalle sue asprezze, per ben trentatrè anni (16). In questa occasione il grande maestro, che ha avuto il merito di tenere a battesimo come guardasigilli il codice del 1989, ha osservato che la locuzione da me proposta conterebbe accenti di "sarcasmo ed ironia", almeno nell'uso che ne avrei fatto nei miei scritti (17).

Vassalli ha colto con la sua ben nota finezza il limite intrinseco che ho inteso segnalare in una etichetta capace di esaltare l'incontro/scontro tra due culture. La mia era una accentuazione critica che mirava a far intendere come la convivenza tra le due anime non potesse soddisfare l'esigenza di approdare ad un processo penale veramente nuovo. L'apparato delle garanzie nella fase istruttoria finiva per alimentare l'illusione di una giustizia garantista senza peraltro modificare il peso delle risultanze istruttorie ai fini della decisione dibattimentale, ed anzi accreditandone ancor più il valore.

Certo, come ho accennato più sopra, la forma di ibridazione processuale più conosciuta è quella inaugurata con il *code d'instruction criminelle* del 1808 che ha fuso i due modelli contrapposti dell'inquisitorio e dall'accusatorio in un unico rito. Ne è nato il processo misto che tanta fortuna ha avuto in tutto il continente

---

(15) V., per la prima enunciazione, AMODIO 1977, p. 182.

(16) VASSALLI 2009, p. 16.

(17) VASSALLI, 2009, p. 16. Per l'uso di questa categoria nel dibattito degli storici v. CAPPELLINI 2010, p. 3, nonché CHIODI 2010, p. 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

europeo in quanto strumento che, da un lato, consentiva agli Stati di mantenere saldamente nelle mani le redini del potere in ambito giudiziario mediante una fase istruttoria segreta e dominata dal giudice-poliziotto, dall'altro, permetteva di sbandierare la recezione del vento garantista propiziato dai principi di libertà della Rivoluzione francese.

È però evidente il divario tra lo storico *merger* delle due culture attuato nel modello napoleonico e il caso italiano del "garantismo inquisitorio" impostosi tra il 1955 e il 1988. Il primo è frutto di una svolta epocale che esprime la vocazione ad edificare una giustizia penale moderna, senza però avere la forza di liquidare il *modus procedendi* tipico dell'antico regime. Il secondo è frutto di una politica processuale di transizione che ridimensiona la logica repressiva del sistema vigente mediante l'innesto di garanzie difensive desunte da una tavola di valori che è già stata conquistata con l'avvento della Costituzione.

Nell'un caso e nell'altro l'ibridazione, pur di grado diverso, risponde alla stessa *ratio* correttiva e compensativa. C'è insomma la comune presenza di una *ars combinatoria* che vuol riformare il processo senza tagliare del tutto i ponti con il passato.

Un fenomeno analogo, che risponde ad una finalità riparatrice simile a quella della ibridazione, è quello delle prove legali del processo medioevale. Qui il "garantismo" è endogeno, nasce all'interno del rito inquisitorio: l'aritmetica della prova indiziaria e le limitazioni dettate in punto di valutazione — dall'*unus testis, nullus testis* alle regole sulla credibilità di certi testimoni o del chiamante in correità — erano scaturite dall'intento di prevenire l'arbitrio del giudice in modo da creare un contrappeso al suo strapotere, in funzione di tutela dell'imputato cui era sostanzialmente negata qualsiasi difesa (18).

---

(18) Sul punto v. TARELLO 1975, p. 23.

Una ricerca storica di grande interesse sarebbe quella volta ad accertare quanta parte delle massime di esperienza contenute nell'armamentario delle prove legali sia sopravvissuta, nonostante l'imporsi del libero convincimento, nell'esperienza processuale moderna e contemporanea. Penso soprattutto a regole probatorie non scritte, ma vitali nella pratica e nella giurisprudenza quali quelle riguardanti l'alibi, gli indizi e la chiamata di correo, quest'ultima peraltro in parte disciplinata dall'art. 192 c.p.p.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Non va infine dimenticato che il fenomeno di ibridazione delle forme processuali non è sconosciuto nemmeno al processo di *common law*. Istituti come il *grand jury*, il *coroner* e, alle origini, lo stesso *justice of peace* sono caratterizzati da una forte impronta inquisitoria.

3. *Un tema di storia contemporanea: il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico.*

Tra i compiti della ricerca storica una posizione non certo secondaria spetta allo studio dell'esperienza contemporanea. E non c'è dubbio che con riguardo al processo penale il tema centrale per questo periodo sia rappresentato dalla grande riforma in senso accusatorio realizzata con il primo codice dell'Italia repubblicana.

A più di vent'anni dalla sua entrata in vigore, l'ordinamento processuale del 1989 merita di essere collocato al centro di una storia in gran parte ancora da scrivere (19), articolata su almeno tre piani: la genesi e lo sviluppo del cammino verso il nuovo rito; la dialettica tra politica e accademia nella redazione del progetto; la crisi di rigetto *post codicem* e il recupero del rito accusatorio mediante i principi del giusto processo realizzato con la riforma costituzionale del 1999.

Sul primo tema assume rilievo la vicenda dei due Progetti, il primo messo a punto nel 1978 dalla Commissione ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia, che conservava la figura del giudice istruttore, il secondo imperniato come è noto su una struttura più affine al modello accusatorio, redatto da una nuova Commissione ministeriale, anch'essa presieduta da Gian Domenico Pisapia, sulla base di una legge delega approvata dal parlamento nel 1987. Nell'arco temporale di quasi dieci anni, intercorso tra il Progetto del 1978 e la delega del 1987, si registra sia una continuità operativa nel laboratorio riformistico del ministero della giustizia, dove hanno operato incessantemente commissioni più ristrette, sia

---

(19) Un primo contributo di grande rilievo, dovuto ad uno dei protagonisti del lavoro di stesura del nuovo codice, è quello di CHIAVARIO 1994. Una sintesi molto efficace dell'itinerario sfociato nel sistema del 1989 si trova anche in CONSO 1990, p. 3 ss.

Per una ricostruzione delle vicende evolutive della giustizia penale dopo il varo del codice del 1989 v. la relazione introduttiva di Orlandi, *supra*, p. 41 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nella sede parlamentare alla quale il governo volta a volta sottoponeva il prodotto del lavoro dei giuristi che elaboravano nuovi criteri muovendo dalla legge delega del 1974 e dal Progetto del 1978.

Questo dialogo tra la cultura giuridica e la politica schiude l'orizzonte di una indagine storica assai stimolante che dovrebbe far decifrare le ragioni del maturare di una felice congiuntura che ha consentito ai giuristi di acquisire la posizione di attori di primo piano, con un nuovo ruolo del tutto privo di precedenti nella storia delle codificazioni del nostro Paese (20).

Certo, ha influito molto la presenza, al vertice del cantiere riformatore, di maestri di grande prestigio come Gian Domenico Pisapia, Giovanni Conso e Giuliano Vassalli. Probabilmente, però, il più decisivo fattore di convergenza tra studiosi e politici è stato il comune sentire nel senso della aspirazione al superamento delle strutture autoritarie del codice Rocco. Ciò che si voleva veramente far emergere e consolidare nella concreta articolazione del nuovo codice era il principio della imparzialità del giudice, obiettivo realizzato mediante la eliminazione di qualsiasi potere di iniziativa istruttoria del giudice nella fase *ante iudicium* nonché con la netta cesura tra quest'ultima e il dibattimento in modo da restituire al giudice dell'imputazione la libertà di decidere senza il peso del fascicolo del pubblico ministero, nel rispetto dalla autonomia garantita alle parti nella elaborazione della prova.

Proprio in contrasto con questo nuovo equilibrio si è poi sviluppata la controriforma dovuta alla resistenza della magistratura che ha visto nella ridefinizione degli spazi per l'attività probatoria una perdita della centralità del suo potere tradizionalmente deputato all'accertamento del fatto. Si è già ricordato più sopra come il cosiddetto principio di non dispersione della prova, elaborato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 254 e n. 255 del 1992, altro non sia se non un recupero della vocazione alla ricerca della verità materiale, vero pilastro della giustizia penale continentale.

Uno studio sulla nascita del rito accusatorio nel nostro Paese non dovrebbe infine trascurare di puntare il dito sugli errori compiuti per eccesso di zelo ideologico. Ad esempio, volendo ripudiare

---

(20) Sul punto mi sia consentito rinviare al mio AMODIO 1996, p. 899 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nel modo più netto il giudice istruttore, come magistrato-investigatore incapace di garantire un minimo di imparzialità, la riforma del 1989 ha dato vita ad una nuova figura di organo giurisdizionale che osserva dall'esterno le indagini quando interviene per esercitare funzioni di controllo e di freno rispetto all'operato del pubblico ministero. Figura esangue nata da una costola del vecchio giudice istruttore, il nuovo organo di garanzia soffre di una paralisi di potere di fronte al debordante gigantismo dell'organo dell'accusa.

Ecco la conferma che le scelte riformatrici possono talvolta rimanere imbrigliate nella trappola di un *horror hereditatis* che spinge ad una depurazione delle forme processuali certamente idonea ad eliminare le incrostazioni inquisitorie, ma foriera di problemi sulla funzionalità del *novum* proprio per l'eccesso di pulizia che ne genera una asettica operatività.

Gli studi storici devono insegnarci a scoprire anche gli effetti devianti che possono scaturire dalle riforme virtuose.

Riferimenti bibliografici

Amodio E. (1970), *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria* (*a proposito di un recente contributo dottrinale*), in *Riv. dir. proc.*, p. 444-465.

Amodio E. (1974a), *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 310-339.

Amodio E. (1974b), *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, p. 408-419.

Amodio E. (1977), *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano: Giuffrè, p. 181-257.

Amodio E. (1979), *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga. Esperienza e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano: Giuffrè, p. 12-13.

Amodio E. (1996), *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 899-916.

Amodio E. (2008), *L'arte del controesame e le anomalie dell'*Italian Style, in *Soc. dir.*, p. 155-168.

Cappellini P. (2010), *Inconscio inquisitorio e regimi autoritari: un collegamento necessario*, in Garlati (2010), p. 23-42.

Chiavario M. (1994), *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino: Giappichelli.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CHIODI G. (2010), "*Tornare all'antico*": *il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità*, in GARLATI (2010), p. 305-322.
CONSO G. (1990), *L'iter del progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale*, IV, Padova: Cedam, p. 3-9.
CORSO P. (2000), *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in onore di Gian Domenico Pisapia*, Milano: Giuffrè, p. 167-190.
DEZZA E. (1989), *Accusa e inquisizione*, I, *Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano: Giuffrè.
DEZZA E. (2009), *Breve storia del processo penale inglese*, Torino: Giappichelli.
FLORIAN E. (1921), *Delle prove penali*, I, Milano: Vallardi.
GARLATI L. (2006), *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Ind. pen.,* p. 109-179.
GARLATI (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.
GIARDA A. (1980), *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano: Giuffrè.
Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare (2007), a cura di P. Marchetti, Napoli: Esi.
LACCHÉ L. (1990), *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913),* Milano: Giuffrè.
LACCHÉ L. (2008), *Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacché e G. Storti, Bologna: Il Mulino, p. 77-120.
NOBILI M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice,* Milano: Giuffrè.
Riti, tecniche e interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento (2006), a cura di M. N. Miletti, Milano: Giuffrè.
TARELLO G. (1975), *Il problema penale nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, Bologna: Il Mulino, p. 13-25.
VASSALLI G. (2010), *Introduzione*, in GARLATI (2010), p. 9-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

GIORGIA ALESSI

POPULISMO, LEGALITÀ, RIFORMA DELLA GIUSTIZIA

1. Populismo e giustizia penale: una relazione ambigua. — 2. Misure urgenti in materia di sicurezza: fuga dalla giurisdizione?. — 3. L'attacco alla magistratura inquirente. — 4. Democrazia maggioritaria e controllo di legalità.

1. *Populismo e giustizia penale: una relazione ambigua.*

La riflessione sulle libertà individuali incrocia necessariamente il nodo del processo inquisitorio, stabilendo, tra i due termini, una relazione contrappositiva: l'ampliamento degli spazi del secondo si tradurrebbe nella forte limitazione dei diritti e delle garanzie processuali. Si potrebbe tentare però, di falsificare provocatoriamente questo *topos* per affermare, viceversa, le implicazioni civili e garantiste della procedura inquisitoria, almeno nell'accezione di inchiesta sui delitti per iniziativa d'ufficio, anche in assenza di un impulso di parte. Nelle sue origini medievali, l'*inquisitio* — meglio resa da termini non ancora inquinati dalle logiche repressive della Chiesa come *inquest, recognitio*, *jury* — espresse da una parte il tentativo di sottrarre i conflitti gravi alle logiche compositive e vendicative dei privati, dall'altra, soprattutto, di assicurare la perseguibilità dei potenti, in grado di atterrire e minacciare i singoli accusatori. La geniale invenzione inglese della giuria d'accusa — *grand jury* —, che si frappone tra il necessario *appeal* del soggetto privato e la sentenza finale, "presentando" l'imputato ai suoi giudici, mise in campo un marchingegno efficace per sottrarre il giudizio penale sia all'arbitrio degli ufficiali di giustizia che alle paure, alle pigrizie, all'indifferenza dei privati.

Anche l'esperienza delle inchieste sul territorio dell'età normanna e federiciana — nell'Italia meridionale — ed il crescente ricorso all'iniziativa dei giudici *de maleficiis* nei comuni, che affidarono al

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

podestà straniero liste dettagliate di delitti su cui indagare, rafforzò lo spazio di indisponibilità intorno alla sfera del penale. Soltanto la progressiva recezione del paradigma antiereticale, che la Chiesa ed i suoi giuristi misero a punto teoricamente e sperimentarono nella pratica, conferisce alla procedura inquisitoria il suo volto a parti intere: la segretezza istruttoria, l'ossessione per la ricerca della verità materiale, il perseguimento accanito della confessione, la perdita del carattere formale dell'*ordo iudiciarius*. La recezione compiuta di questo modello avverrà, nell'Europa continentale, solo con le grandi ordinanze del Cinquecento e, con diversa intensità, si prolungherà sino alla fine dell'*Ancien Régime*.

Lungo questo tempo, pur tra orrori e contraddizioni, l'idea della indisponibilità di conflitti e delitti gravissimi, della loro rilevanza per l'intero corpo sociale, e non solo per i soggetti direttamente coinvolti, rappresentò un'idea forte della tradizione giuridica occidentale. Dietro questo principio, la giustizia penale assolse una serie di funzioni certamente ulteriori ed eccentriche, rispetto alla punizione del crimine ed alla riaffermazione solenne del diritto, scompaginando sovente quel rapporto tra processo e verità di cui Pietro Costa ha qui denunciato l'attuale problematicità. Intanto perché, per loro natura e secondo una tendenza di lunghissima durata, i sistemi penali sfuggono ai tentativi di unificazione sotto il segno della nitida legalità formale: hanno, viceversa, la tendenza a moltiplicarsi in sottosistemi ed a ricoprire valenze improprie; tra le altre, e non ultima, quella di attribuire identità, di costruire le disimmetrie relative alla cittadinanza, riaffermandone i nuclei forti e quelli marginali (basti pensare all'odierno tema degli immigrati), ed a separare, secondo il titolo di un felicissimo libro sul medioevo, i "visibilmente cattivi" (1) dai cittadini "normali". Più ancora, ad una utilizzazione impropria del processo penale come strumento di controllo sociale.

Se da questo impertinente (proprio in senso processuale) sguardo sulla lunga durata si passa ad una più specifica riflessione sui temi di questo incontro, mi sembra che ci sia stata narrata, ad un tempo, la vicenda di una ricca stagione codificatoria, e delle riserve e aggira-

(1) TODESCHINI 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

menti lungo il suo svolgersi. I codici del 1889 (Zanardelli), 1913 (Finocchiaro Aprile), 1989 (Vassalli) che disegnano sistemi penali e processual-penali forse più avanzati della nazione e dei suoi giudici, non eliminarono più antiche tradizioni — prima fra tutte quella del doppio binario relativo a retribuzione/pena; prevenzione/misura di sicurezza — e soprattutto il richiamo fatale del processo misto, e le conseguenti resistenze: ad applicare sino in fondo il principio di eguaglianza; a considerare il P.M. compiutamente "parte"; ad accettare, nel caso del codice dell' '89, la coincidenza tra processo e dibattimento. Certamente quest'ultima esperienza, nonostante la sua tormentata applicazione, ha segnato un decisivo punto di discontinuità, assumendo un modello inequivocabilmente accusatorio, nella precisa declinazione *adversary*. Tuttavia, il contesto politico che ne ha segnato il cammino, dominato da uno scontro senza quartiere tra politica e magistratura, non ha conferito serenità all'elaborazione giurisprudenziale e agli interventi normativi che dovevano garantirne l'effettiva applicazione; anche in questo caso l'accettazione del nuovo modello non è avvenuta senza remore, sguardi al passato e inserti incoerenti.

Nel periodo fascista, la cultura tecnico-giuridica che avrebbe ancora per lungo tempo dominato la produzione scientifica italiana, appare caratterizzata dall'oscillazione tra una recezione formalistica degli istituti (2) e delle garanzie, ed una fatale attrazione, tipica dei regimi autoritari e populisti, verso derive sostanzialiste ed antiformaliste. La decisa tendenza dei regimi autoritari a contrapporre l'efficienza e la celerità dell'agire ai cavilli dei "togati", alimenta polemiche mai sopite tra forma e sostanza. È diffusa in tali contesti l'idea che il reato vada colto, al di là della precisa previsione legislativa « nella sua ontologica verità di *malum* in sé » e che la devianza punibile vada identificata, anziché o più che attraverso le figure normative dei reati (l'omicidio, il furto, l'atto di sovversione), attraverso le figure normative dei rei (3). Non solo i teorici del diritto

(2) Per esempio, attraverso la qualificazione "accusatoria" solo nominalistica del dibattimento, che conservava un carattere sostanzialmente inquisitorio per l'espansione dell'istruttoria e l'assenza di adeguate difese in questa fase: ma su questa accezione del formalismo di Rocco cfr. Riccio 2010, p. 106.

(3) Ferrajoli 2004, p. 37; Sbriccoli 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

penale totalitario, come Ugo Aloisi e Giuseppe Maggiore, apertamente schierati per la normativa basata sul tipo d'autore, ma anche giuristi non dimentichi dell'eredità liberale, come Vincenzo Manzini e lo stesso Alfredo Rocco, scardinavano in più punti ogni principio di stretta legalità, professando un'aperta insofferenza per l'assunzione della presunzione d'innocenza (4), nelle sue ricadute tanto rispetto all'onere della prova che all'applicazione restrittiva della carcerazione preventiva (5). A suscitare diffidenza, era anche l'inesorabile cifra formale del regime delle nullità — non a caso nel passaggio dal codice Finocchiaro Aprile al codice Rocco erano state eliminate le nullità assolute —; il controllo di giurisdizionalità del giudice nei confronti del pubblico ministero (per esempio riguardo al provvedimento di archiviazione); la discrezionalità rispetto al mandato di cattura. A dar respiro alle esigenze di una repressione non soffocata dal garantismo delle forme soccorreva il doppio binario del codice Rocco, che dava largo spazio alla logica della prevenzione, ed alla tipologia dei devianti. Del resto istanze ispirate alla differenziazione biologica ad antropologica, ed al paradigma della pericolosità, erano ben presenti nelle correnti del positivismo, sempre in polemica con il carattere di astrattezza e generalità che stava alla base della concezione classica del delitto e della pena. Raffaele Garofalo, Enrico Ferri, Giuseppe Grispigni opponevano alla configurazione meramente legale del reato più ampie e "naturali" definizioni, quali quella di azione antisociale contraria alla moralità media, o pericolosa per l'esistenza e la conservazione della società (6). L'insistenza sulla pericolosità si dimostrava ovviamente perfettamente funzionale agli interventi securitari dell'Ottocento.

---

(4) La cui formulazione non avrebbe difatti avuto spazio nel codice Rocco; Vincenzo Manzini considerava la presunzione d'innocenza un'assurdità derivata dall'empirismo francese, incompatibile con gli irrinunciabili istituti della custodia preventiva e del segreto istruttorio: sul punto Ferrajoli 2004, p. 565.

(5) Nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1930, nella quale Vincenzo Manzini ebbe larga parte, si legge: « Ottenere la massima speditezza nei procedimenti…; eliminare tutte le superfluità; combattere le cause e le manifestazioni della cavillosità; opporsi alla degenerazione accademica o teatrale delle discussioni; ... far sì che la giustizia sostanziale abbia sempre il sopravvento sulla giustizia meramente formale »: la citazione in Dezza 2010, p. 168.

(6) Sul punto, diffusamente Ferrajoli 2004 p. 366-367, 425.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Il contesto politico non certo fascista, ma indubitabilmente populista (7) che ci circonda — basti pensare al continuo richiamo all'unzione popolare ed all'aperta insofferenza per l'effettiva dialettica tra poteri che scandiscono la propaganda di governo — è attraversato da una non dissimulata aspirazione al ridimensionamento del potere giudiziario e del controllo magistratuale della legalità, indicato quale presupposto indispensabile per la ripresa di efficienza e produttività della macchina giustizia.

Questo "populismo italiano" non può tuttavia esprimere con pienezza le sue naturali propensioni antiformaliste a motivo della particolare situazione di perenne imputato del suo *leader*, e della spiccata vocazione alla libertà degli affari e delle speculazioni, e deve di necessità schierarsi per il più rigoroso garantismo legalitario. La contraddizione non può che suscitare divaricazioni e slittamenti verso un doppio binario, ove sottosistemi penali ed interventi securitari sono adottati a controbilanciare, o ad eludere per alcuni soggetti (8), i principi di stretta legalità a gran voce proclamati. Si moltiplicano così i pacchetti sicurezza; si promuovono interventi di controllo sull'organizzazione del potere giudiziario; si interviene profondamente sui rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, proponendo una modifica dell'articolo — essenziale rispetto alla tradizione europea di *Habeas corpus* — 109 della Costituzione italiana, laddove prescrive che l'autorità giudiziaria dispone "direttamente" della polizia giudiziaria.

2. *Misure urgenti in materia di sicurezza: fuga dalla giurisdizione?*

Il complesso dei provvedimenti emanati tra il 2008 e il 2009 —

---

(7) Assumo il termine populismo, che non ha contenuto univoco, in considerazione di uno dei suoi nuclei fondamentali, ovverosia la relazione, che si vuole diretta, tra popolo e *leadership* e la conseguente diffidenza per i corpi intermedi ed i contropoteri. Presente appare anche la categorizzazione, tipica di un tale orizzonte culturale e politico, di un "non popolo" (nel caso italiano chiaramente il non popolo "comunista") « visto sotto una luce demoniaca come un nucleo cospirativo, come una sorta di congiura permanente e di proporzioni universali »: per i rapporti tra populismo e fascismo, e le istanze modernizzatrici cfr. INCISA 1990 (citaz. p. 834).

(8) Nelle opposte direzioni dei segmenti alti — reti affaristiche "ministeriali" — e bassi — immigrati soprattutto, ma anche marginali e giovani politicizzati.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica — rivela strategie coerenti con il tentativo di eludere regole e garanzie proprie della giustizia penale, da una parte, e di consegnare all'opinione pubblica, dall'altra, l'immagine di una inesorabilità repressiva rispetto a categorie pericolose o come tali rappresentate: gli immigrati, i delinquenti sessuali, i mafiosi o sospetti tali, gli "incivili" rispetto al decoro urbano. Il profilo d'autore tende così a prevalere nettamente sugli elementi concreti della condotta antigiuridica, come nel caso delle fattispecie costruite per fronteggiare la "minaccia" immigrazione, dall'aggravante della clandestinità nel caso di commissione di un reato (art. 61, 11-*bis* c.p.), alla contravvenzione per illecito ingresso e permanenza nel territorio dello Stato. Questa fuga dal giudizio penale, è particolarmente inquietante ove di fatto si incida sul piano dei diritti costituzionalmente ed internazionalmente garantiti, — primo tra tutti il diritto di libertà — per via amministrativa o comunque non giudiziaria, sottraendo nel contempo le garanzie tipiche del processo, solennemente riaffermate nella riproposizione dell'articolo 111 della Costituzione, che definisce appunto le condizioni — contraddittorio, parità delle parti, ragionevole durata — di un giusto processo.

La Corte costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità di una disposizione compresa nel decreto legge 2008 — *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* — in relazione ai poteri attribuiti ai sindaci in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Modificando la più restrittiva formula adottata dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (9), l'articolo discusso attribuiva al sindaco, quale ufficiale di governo, la possibilità di adottare provvedimenti « anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza

(9) A tale testo fa riferimento la pronuncia della Corte, dichiarando « l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 297 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dall'articolo 6 del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili e urgenti" »: cfr. Corte costituzionale, sent. n. 115, 4 aprile 2011.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

urbana ». Tale formulazione implicitamente permetteva al sindaco di intervenire valutando in maniera del tutto discrezionale la situazione di urgenza che giustificava le misura adottate. Il giudizio era stato sollevato dal Tribunale amministrativo del Veneto, investito dal ricorso presentato dall'associazione onlus "Razzismo Stop" avverso il provvedimento che, in virtù delle prerogative attribuite dall'articolo sopra richiamato, vietava la richiesta di denaro in luogo pubblico sotto pena di una sanzione pecuniaria. Proprio in virtù della formulazione — provvedimenti anche contingibili ed urgenti — il comune resistente rivendicava la facoltà di intervento nella sfera del decoro e della sicurezza pubblica anche fuori dall'eccezionalità di situazioni transitorie. L'associazione ricorrente eccepiva, tra i diversi profili di incostituzionalità, il fatto che il provvedimento si volesse applicato anche a forme di mendicità non invasiva, dunque in circostanze che escludevano il grave pericolo per l'incolumità pubblica o la sicurezza urbana, e dunque in assenza dei presupposti di contingibilità ed urgenza che giustificano un'attività normativa del sindaco sganciata da ogni deliberazione dell'organo comunale elettivo.

Il Tribunale rimettente aveva giudicato l'associazione legittimata al ricorso, per la pertinenza del provvedimento impugnato al tema della discriminazione su base razziale: il chiaro rapporto tra accattonaggio, povertà ed esclusione sociale comporta infatti che in tali condizioni si trovino persone nomadi o migranti, appartenenti a gruppi etnici minoritari; aveva inoltre notato che, nel caso in specie il provvedimento, imponendo l'obbligo di non fare, incideva nella sfera delle libertà personali, assistita da una rigorosa riserva di legge, ed interveniva sulla libertà dei singoli di tenere ogni comportamento non espressamente da questa vietato.

La suprema Corte, ha fondato la propria dichiarazione di illegittimità soprattutto sulla violazione degli articoli 3, 23 (10), e 97

(10) A questo proposito la Corte riteneva che « la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili ed urgenti … viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati ». Per quanto riguarda il principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3, la

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

della Costituzione e su un'argomentazione di carattere generale, assai rilevante per il tipo di riflessione qui condotto: ha denunciato infatti l'aggiramento dei principi di legalità sostanziale (11) attraverso il conferimento di potestà normative discrezionali all'autorità amministrativa, delimitate solo da criteri finalistici, quali la protezione dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana. Ha peraltro ritenuto che neanche il successivo intervento ministeriale diretto a chiarire il senso di ambedue questi concetti, fosse stato sufficiente a delimitare la discrezionalità ed a soddisfare la riserva di legge. Questa fuga dalla giurisdizione, in favore dei poteri d'intervento dell'autorità amministrativa appare inquietante anche in taluni aspetti del "Pacchetto sicurezza" 2009 (12), in particolare nella parte relativa al trattamento degli immigrati.

3. *L'attacco alla magistratura inquirente.*

Se dai sottosistemi di sicurezza si passa a considerare i più vasti progetti relativi alla riforma generale della giustizia, appare evidente il tentativo di ridimensionare la figura e le funzioni della magistratura inquirente, secondo un disegno coerente con le vicende e gli scontri violentissimi degli ultimi decenni. Quest'attacco alle procure va ben oltre l'intento di riaffermarne la natura pienamente di "parte" nel processo, o di ridurne il peso rispetto alla magistratura giudicante: in gioco è piuttosto, e rischia di essere travolta — per tornare alla riflessione iniziale — la funzione pubblica e "civile" della pubblica accusa, il suo peso nel controllo complessivo di legalità, il

---

varietà degli interventi sindacali da un comune all'altro, disancorati da precisi parametri legislativi, avrebbero determinato un diseguale trattamento dei soggetti, ancora una volta nell'ambito delicatissimo della libertà personale.

(11) La Corte ha sottolineato, al punto 4 della sentenza « l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto ». Tale principio non consente « l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa … non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, sia pure elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa ».

(12) D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

suo ruolo nella tradizione di *habeas corpus*, che impone termini brevissimi per l'attività degli ufficiali non togati, rapidamente ricondotta al controllo del magistrato. Ed è in questa primissima fase di messa in moto dell'indagine giudiziaria che si gioca il destino dell'accusato nel processo, e che si misura lo spazio reale delle sue garanzie. Per questo motivo, sebbene il dibattito pubblico abbia registrato con più evidenza il tema relativo alla separazione delle carriere ed alla ristrutturazione dell'organo di autogoverno della magistratura, tema non meno scottante, proprio sotto il profilo della legalità dell'indagine e dei diritti a questa correlati, è quello dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, oggetto di interventi incisivi e preoccupanti da parte del disegno di legge 2009 (13), che configura un sostanziale ridimensionamento eversivo dell'articolo 109 della Costituzione, laddove recita che "L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria", e, per via indiretta, anche dell'articolo 112 relativo all'obbligatorietà dell'azione penale (14): le limitazioni introdotte alla possibilità dei PM di prendere diretta notizia del reato, in favore dell'iniziativa della polizia giudiziaria, organo peraltro dipendente dall'esecutivo, rendono quest'ultima centrale per la raccolta delle *notitiae criminis*, e sfilacciano il legame funzionale che secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale, deve sussistere tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria, in tutte le sue distinte configurazioni. Lo spostamento dell'asse delle indagini dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria sembra raggiungere, sia pure attraverso una stra-

(13) Disegno di legge S/1440 del 9 marzo 2009.

(14) Il nesso tra i due articoli è indubbio: « Ove si consideri il rapporto dell'art. 112 con l'art. 109 Cost. ci si accorge che esso mira ad assicurare alla magistratura un adeguato apparato operativo sottratto alle interferenze che il potere esecutivo potrebbe esercitare grazie alla sua sovraordinazione agli organi di polizia »: cfr. Riccio 2010, p. 188. Analoghe considerazioni ha svolto il CSM nel parere sul disegno di legge sovracitato, nel quale si legge (Delibera del 23 luglio 2009, 4.2) che « nonostante l'indipendenza di *status* del P.M. e il correlato obbligo di procedere di fronte ad ogni notizia di reato, il principio di obbligatorietà dell'azione penale potrebbe essere sostanzialmente eluso dalla concreta organizzazione della polizia giudiziaria, perché quest'ultima, — in quanto principale fonte di cognizione della *notizia criminis*, fondamentale strumento di indagine e organo esecutivo dei provvedimenti giudiziari in materia penale — rappresenta la "chiave di volta" dell'intero sistema dell'azione penale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tegia più discreta, esiti analoghi a quelli conseguibili attraverso un esplicito collegamento tra magistratura inquirente e potere esecutivo.

L'intento di assicurare maggiore autonomia all'intervento della polizia giudiziaria rispetto al controllo dei pubblici ministeri si rivela nelle proposte di modifica al codice di procedura penale, in particolare relativamente agli articoli 55, 56, 326, 330, 335, 348 (15). Quanto al primo verrebbe eliminata, rispetto all'originale formulazione « la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori …. », la parola *anche*, estendendo in tal modo i poteri di autonoma iniziativa della polizia. Ancor più significativo l'intervento relativo all'articolo 56, che prevedeva che le funzioni di polizia giudiziaria — in tutte la sue varianti organizzative — fossero svolte « alla dipendenza e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria »; la versione ora proposta introduce una distinzione tra sezioni della polizia giudiziaria costituite presso le procure e agenti di polizia appartenenti ad altri organi: soltanto le prime sono poste sotto la dipendenza dell'autorità giudiziaria, mentre per tutte le altre si parla di mera "direzione". Ancora ad ampliare gli spazi d'azione della polizia giudiziaria nell'acquisizione delle notizie di reato, sottolineando per contrasto il ruolo passivo del PM, è il dettato del

(15) Singolare la riformulazione del comma 3, art. 348 del c.p.p. che, a proposito dell'informativa sulle indagini compiute dalla polizia giudiziaria al PM, cancella l'avverbio "prontamente" contenuto nella dizione precedente, consentendo implicitamente una comunicazione non tempestiva degli accertamenti automaticamente compiuti. L'insieme degli interventi, porterebbe, secondo Paolo Ferrua, a limitare i poteri di ricerca delle notizie di reato, da parte del pubblico ministero, a quelle formalizzate in atto tipico — denuncia, rapporto, referto — con esclusione dei fatti aventi apparenza di reato giunti a conoscenza dell'autorità giudiziaria; con la conseguenza davvero preoccupante di un notevole divario a seconda dei reati. Per la criminalità comune, dove la denuncia è per lo più tempestivamente presentata dalla persona offesa, nessun ostacolo all'azione repressiva. Non così in settori come la sicurezza del lavoro, la tutela della salute e dell'ambiente, la criminalità economica e finanziaria, dove le indagini spesso nascono da notizie atipiche. Qui l'azione penale sarà di fatto condizionata dall'impegno della polizia giudiziaria nella ricerca della *notizia criminis*, e, dunque, dalle scelte del potere politico che la sovrasta » cfr. Ferrua 2010, p. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nuovo art. 330 (16), che, in sostituzione del precedente, recita « la polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve notizie dei reati. Il pubblico ministero riceve le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti ». Se queste proposte diverranno legge, quell'istruttoria di polizia che già oggi, secondo Luigi Ferrajoli, precede e pregiudica il processo (17), sarà ulteriormente ampliata (18), in direzione opposta a quella auspicata dalla dottrina preoccupata di controbilanciare i poteri del PM nella fase delle indagini preliminari. Considerata insoddisfacente, da questo punto di vista, l'esperienza dei GIP, si suggeriva la ripresa della figura del garante giurisdizionale, organo posto a difesa dei diritti individuali nella fase antecedente al giudizio (19).

4. *Democrazia maggioritaria e controllo di legalità.*

Se da questi punti specifici si passa a riflettere più sulle linee

---

(16) L'articolo corretto recitava: « Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizie dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti ».

(17) Cfr. FERRAJOLI 2004, p. 828-831.

(18) Sotto molti profili: intanto, perché solo le sezioni di polizia giudiziaria istituite presso le procure opereranno ancora alle dipendenze del PM mentre le altre forze di polizia investite dei compiti di polizia giudiziaria agiranno al di fuori di un rapporto di dipendenza funzionale (secondo le modifiche apportate all'art. 56 c.p.p. dall'art. 3 1, b del ddl 1440); ancora, perché proprio il sostanziale allentamento dal magistrato dell'accusa priverebbe le stesse forze di polizia di quella « sorta di indipendenza riflessa che ne ha grandemente potenziato la capacità di azione soprattutto nei campi dei reati contro la pubblica amministrazione e dei reati economici ». Preoccupante, altresì, la giustificazione teorica espressa dal Guardasigilli riguardo al nuovo sistema di rapporti tra polizia e pubblico ministero, secondo cui le soluzioni proposte hanno lo scopo di « creare i presupposti di una maggiore concorrenza e controllo reciproco tra organo dell'accusa e forze di polizia ». In realtà, la normativa proposta sembra destinata a generare conflitti « in uno dei pochi ambiti … rimasti sinora sostanzialmente indenni da attriti, producendo conseguenze soprattutto sull'andamento dei processi più delicati e complessi e nei confronti di imputati forti economicamente o politicamente » (le citazioni da ROSSI 2010, p. 48). Quanto al dichiarato scopo di una maggiore concorrenza e controllo reciproco il CSM nel citato parere, (Delibera 2009, 4.4) nota che « tali attività presuppongono una parità ordinamentale tra PM e polizia giudiziaria, la quale, tuttavia, non è in alcun modo rinvenibile nel quadro costituzionale ».

(19) Sul punto NOBILI 1998, p. 29-33.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

generali praticate ed annunciate rispetto alla riforma della giustizia, colpisce lo scarto tra le storture, la lentezza, l'inadeguatezza delle sanzioni che inceppano il meccanismo giudiziario italiano, ed i rimedi proposti, dominati da principi ed ossessioni assolutamente estranei rispetto alle disfunzioni esistenti, ed alle vie indicate dalla più autorevole dottrina penalistica. L'aggravamento della sanzione, la moltiplicazione delle fattispecie penali (dallo *stalking* alla clandestinità), il depotenziamento della magistratura inquirente (e non solo), i ventilati interventi sull'art. 109 della Costituzione, le proposte di modifica al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale non sembrano misurarsi adeguatamente con i punti caldi del sistema giustizia, cioè la sua efficienza (con particolare riferimento allo strumento sanzionatorio e detentivo); il suo rapporto con politica e, soprattutto, il ruolo istituzionale della magistratura nel sistema democratico.

Interviene ancora, a spiegare queste scelte "eccentriche", il populismo del presente regime, che accentua pesantemente una tendenza diffusa anche in contesti politici diversi: quella di far entrare a tutto campo la legislazione penale nelle operazioni di marketing elettorale, forgiando, a questo fine, anche un neolinguaggio retorico, fuorviante ma demagogicamente efficace, come quello che adotta l'espressione "processo breve" — apparentemente rispondente a legittime aspettative garantiste da parte del cittadino — per nascondere la diversa realtà di un processo interrotto per prescrizione, che prefigurerebbe una sorta di amnistia per l'imputato e di impossibile soddisfazione per la vittima. Ancora una volta, un attacco indiretto al principio di obbligatorietà dell'azione penale, a fronte della quale, si sottolinea autorevolmente « non ha senso, anzi è profondamente contraddittorio, prevedere un'estinzione del processo per decorso del tempo che operi a fianco o in alternativa alla prescrizione del reato. L'azione penale è una domanda di accertamento, e in tanto può dirsi "obbligatoria" in quanto al suo valido esercizio segua l'accertamento, positivo o negativo, del reato » (20).

(20) FERRUA 2010, p. 28; ivi pure (p. 29) la conclusione stringente secondo cui « l'evaporazione del processo a reato non estinto è un'anomalia senza precedenti, ribelle all'inquadramento giuridico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Ma è soprattutto sul terzo punto, quello della funzione della magistratura in un sistema democratico, che sembrano fronteggiarsi concezioni opposte, difficilmente dialoganti. L'ala riformista di governo attribuisce alla giurisdizione il mero compito di risoluzione dei conflitti privati (21) e di tutela dei diritti individuali: assunti, questi ultimi, nell'accezione vetero-liberale che privilegia il binomio libertà sicurezza, piuttosto che in quella più vicina all'orizzonte del pluralismo giuridico contemporaneo, che viceversa intreccia fittamente libertà-eguaglianza-riconoscimento (22). Alla concezione vetero-liberale dei diritti si accompagna quella di una "democrazia maggioritaria", nella quale la centralità dell'esecutivo, a motivo della sua "superiore" legittimazione elettorale lascia poco spazio per la dialettica tra poteri, rendendola in qualche modo superflua. Ma la democrazia rappresentativa della maggioranza, fondata sul presupposto fittizio della sua identificazione con una ipotetica volontà generale, è affiancata, nei sistemi contemporanei « da una nuova legittimazione d'imparzialità e di riflessività di cui godono organi vecchi e nuovi … in cui il criterio maggioritario necessariamente parziale lascia il posto al contemperamento e al bilanciamento complessivo degli interessi » (23). In questo scarto drammatico tra immagini delle libertà e della Costituzione si colloca il percorso combattuto e controverso della riforma della giustizia, che imporrebbe una condivisione resa impossibile dalla radicalità della contrapposizione: incolmabile risulta infatti il solco tra una concezione

(21) Secondo il modello proposto da Damaska all'interno dell'ingannevole paradigma contrappositivo che vede fronteggiarsi, come idealtipi, Stato reattivo e Stato attivo: nel primo caso (appartenente all'esperienza anglosassone), il processo sarebbe utilizzato per la risoluzione dei conflitti, nel secondo (tipico dei sistemi di tradizione inquisitoria), per l'attuazione di scelte politiche: cfr. Damaska 1991. Per una breve nota su tale impostazione rinvio a Alessi 2011, p. X-XI, ed alla penetrante critica di Ferrua 2010, p. 23, nt. 1.

(22) Sul senso dell'espressione d'obbligo il riferimento a Habermas-Taylor 2001; sulla possibilità di conciliare le politiche di riconoscimento — dal forte impatto multiculturale — con le concezioni universaliste dei diritti fondamentali, attraverso una riformulazione di questi ultimi come « capacità umane fondamentali » cfr. Nussbaum 2001. Sulla relazione tra eguaglianza, rispetto e riconoscimento quali criteri del diritto penale spunti interessanti in Pulitanò 2010, p. 507-511.

(23) Cfr. Palazzo 2010 (la citazione a p. 529), per le interessanti notazioni sul carattere "riflessivo" sviluppato all'interno della democrazia contemporanea.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

meramente "securitaria" dei diritti e meramente maggioritario-populista della democrazia e la rivendicazione di un potere giudiziario che non rinuncia al suo ruolo di legittimazione "altra" rispetto a quella meramente numerica del voto, ed alla sua funzione di controllo complessivo della legalità, anche di fronte all'azione politica degli "eletti".

Proprio la diffidenza ostile rispetto a questo ruolo, conduce ad un'interpretazione riduttiva della giurisdizione e propone all'opinione pubblica la conclusione fuorviante secondo cui le garanzie del cittadino sono meglio assicurate da un ridimensionamento del potere giurisdizionale (vedi intercettazioni, responsabilità aggravata del giudice, revisione dell'obbligatorietà dell'azione penale) e il paradosso — per nulla inspiegabile in questo contesto — di una riforma della giustizia attuata "contro" i poteri di controllo di legalità da parte della magistratura, soprattutto inquirente.

Riferimenti bibliografici

Alessi G. (2011[7]), *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari: Laterza.

Damaska M. (1991), *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna: il Mulino.

Dezza E. (2010), *Justice n'est proprement autre chose que formalité. La selva delle nullità dal codice Romagnosi al codice Rocco*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano: Giuffrè, p. 167-186.

Ferrajoli L. (2004), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.* Prefazione di Norberto Bobbio, Roma-Bari: Laterza.

Ferrua P. (2010), *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Questione giustizia*, 1, p. 22-35.

Habermas J.-Taylor C. (20013), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano: Feltrinelli.

Incisa L. (1990), *Populismo*, in *Dizionario di Politica*, diretto da Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, Torino: Utet, p. 832-838.

Nobili M. (1998), *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova: Cedam.

Nussbaum M. G. (2001), *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna: il Mulino.

Palazzo F. (2010), *Politica e giustizia penale: verso una stagione delle grandi riforme?*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, p. 525-556.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

PULITANÒ D. (2010), *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, p. 486-520.
RICCIO G. (2010), *La procedura penale tra storia e politica*, Napoli: ESI.
ROSSI N. (2010), *L'avvocato della polizia? Storia recente e minacce sul futuro del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 1, 36-49.
SBRICCOLI M. (1999), *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, p. 817-850.
TODESCHINI G. (2007), *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'età moderna*, Bologna: il Mulino.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

MARCO NICOLA MILETTI

UN VESTITO PER CENERENTOLA. L'IDENTITÀ DEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE ALL'ALBA DELLA REPUBBLICA

1. L'inutile malinconia. — 2. Il passato non si cancella. — 3. La resistenza silenziosa: Giovanni Leone. — 4. Scientifica *mediocritas*. — 5. Il riscatto di Cenerentola. — 6. Confusionismo metodologico. — 7. La crisi del costruttivismo. — 8. L'unità del processo. — 9. La lettura 'liberale' del rapporto processuale. — 10. La *fons fontis.*

1. *L'inutile malinconia.*

Per celebrare il decennale del codice di procedura penale varato nel 1930 Vincenzo Manzini, che ne era stato artefice pressoché solitario, ricorreva alla cifra del sarcasmo. Una rapida rassegna gli permetteva di dimostrare come i risultati promessi — snellimento delle procedure, rafforzamento del principio d'autorità, eliminazione delle « formalità ingombranti », prevalenza della « sostanza sulla forma » — fossero stati pienamente conseguiti, a dispetto delle immancabili « lamentele », appena attenuate dalla disciplina fascista, provenienti da « misoneisti », sostenitori di interessi di categoria e « riformatori mancati ». Manzini attribuiva il merito del successo ai consigli elargiti nell'estate del '30 « con mirabile senso pratico e politico » da Alfredo Rocco, capace di realizzare « una riforma conforme allo spirito dello Stato fascista » che non avrebbe potuto « appagare i voti dei bigotti degli *immortali principî* ». Dei « malcontenti » — concludeva irridente lo studioso friulano — e della « loro inutile malinconia » non era « il caso di curarsi » (1).

Correva il 1942. Infuriava la guerra, Alfredo Rocco era scomparso da sette anni, eppure sul codice di rito penale gravava intatta

(1) MANZINI 1942, p. 1-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

l'impronta ideologica del regime. Affrancarsene non sarebbe stato agevole per la processualpenalistica italiana successiva. Per esempio, il *Manuale di diritto processuale penale italiano* di Ottorino Vannini, testo di lunghissima militanza accademica, nel 1947 illustrava « le caratteristiche » del codice di riferimento ancora riproducendo gli obiettivi programmatici riassunti dal Rocco nella relazione al progetto preliminare: « giusto equilibrio » tra repressione statuale e garanzie, « massima speditezza » attraverso il bando a « superfluità » e « cavillosità », rafforzamento del « prestigio » della difesa e dell'« autorità del giudice », prevalenza della « giustizia sostanziale » su quella « meramente formale » (2).

Come poteva sfuggire la diretta filiazione di quel programma dalla dottrina dello Stato appena tramontato? In altre parole, era pensabile sganciare quel tipo di processo disegnato nel codice dai presupposti filosofici neo-hegeliani? I vertici antifascisti della Cassazione, nel 1945, ne dubitavano. Il procuratore generale, inaugurando l'anno giudiziario, avvertiva lucidamente come fosse scaduto il tempo in cui l'interesse della « collettività politica » trionfava su quelli individuali (3). Il primo presidente gli faceva eco ricordando che la « concezione fatta prevalere dal fascismo, per cui lo Stato è tutto e i diritti dell'individuo sono quasi sempre annullati di fronte al soverchiante potere di quello », andava sostituita dal bilanciamento liberal-democratico di diritti e doveri (4).

Per disinnescare la 'politicità' delle linee-guida rocchiane occorreva svelarne la matrice squisitamente tecnica: dimostrare cioè che, una volta rimossa la patina propagandistica, la sostanza del codice di rito era valida e meritava di sopravvivere. Ci provò Giovanni Leone, che al Congresso nazionale giuridico-forense di Firenze, nell'autunno del 1947, presentò il miraggio della *speditezza dei procedimenti* come una riprova delle finalità essenzialmente pratiche perseguite dal legislatore fascista (5). Però, nella prolusione napoletana del 1948, lo stesso cattedratico, parafrasando deliberatamente la fami-

(2) VANNINI 1947, p. 15; e cosí ancora ID. 1952, p. 8; ID. 1960, p. 10; ma la citazione curiosamente manca negli *Elementi* del 1941.

(3) PILOTTI 1945, p. 20.

(4) CASATI 1945, p. 43.

(5) LEONE 1947, p. 204.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

gerata relazione ministeriale, denunciava le « subdole erosioni » ai princípi di libertà « tentate o realizzate sotto il pretesto di rafforzare l'autorità del giudice, [...] di impedire lungaggini procedurali o eccessive valorizzazioni delle forme etc. » (6).

2. *Il passato non si cancella.*

Per la generazione emergente, che pure aveva svolto un ruolo non del tutto marginale durante gli 'anni del consenso' (Leone era allievo prediletto di Eduardo Massari, raffinato redattore del codice penale), il primo banco di prova fu offerto dallo schema di decreto luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 288. Esso preannunciava che la riforma dei codici penali, la quale avrebbe dovuto « ispirarsi alle nostre piú pure tradizioni giuridiche » realizzatesi nei testi del 1889 e del 1913, sarebbe stata rinviata alla completa liberazione del territorio nazionale. Ma nei primissimi giorni del 1945 Umberto Tupini, confermato guardasigilli nel terzo governo Bonomi, cambiò parere e decise di avviarla seppur « limitatamente ai provvedimenti urgenti ». Nominò, all'uopo, una commissione che, per il codice di rito, era presieduta da Alfredo Spallanzani e che tra i componenti, oltre a Vezio Crisafulli, annoverava forse non a caso quell'avvocato Vincenzo Macherione, del foro di Roma, aspramente battutosi trent'anni prima contro l'entrata in vigore del Finocchiaro-Aprile (7). Pochi giorni dopo la nomina, Leone constatava « con amarezza » come nella commissione fossero stati reclutati « uomini di nessuna o di mediocre capacità tecnica » (8).

All'atto dell'insediamento della commissione, l'8 gennaio 1945, Tupini riconobbe che i codici penali fascisti contenevano « qualche istituto apprezzabile », ma invitò a tener presente che, nell'ambito pubblicistico, « non è facile dissociare i limiti del diritto e della politica ». Con una considerazione pertinente, il ministro richiamò l'attenzione dei commissari sulla necessità di « ripristinare l'equili-

(6) LEONE 1948, p. 37.

(7) PANNAIN 1945b, p. 56-7; MILETTI 2003, spec. p. 444-447.

(8) *Ancora sulla riforma della legislazione*, in *La Giustizia*, 22 gennaio 1945, cit. da PANNAIN 1945b, p. 58-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

brio fra lo Stato e l'individuo, tra l'Autorità e la libertà » (9). Nella stessa sede, a quanto si apprende, il guardasigilli ammise la sua preferenza per un « immediato ritorno ai codici del 1889 e del 1913 », ma esortò, per il momento, a limitarsi alle « riforme piú urgenti ». Alcuni commissari, « interpretando come un mandato il pensiero personale del Ministro » e assecondando piú il « sentimento » che il « ragionamento », proposero il ripristino « in blocco » dei codici abrogati, impegnandosi in particolare ad aggiornare quello del 1913 (10).

Una simile opzione fu bollata dal direttore del neonato *Archivio Penale* Remo Pannain (che già l'aveva stigmatizzata negli *Annali* dell'Università di Camerino del 1944) come « impulsiva e non meditata », giacché svalutava il contributo arrecato alla codificazione vigente dalla piú accreditata dottrina pre-fascista (11). Resterà questo l'argomento principe speso dai 'continuisti' per avallare il salvataggio dei codici penali: la considerazione, cioè, che l'apprezzabile levatura scientifica di entrambi i testi facesse aggio sulla loro presunta « inguaribile politicità » (12).

Al medesimo esito conduceva l'autorevole convinzione, manifestata ad esempio da Francesco Santoro Passarelli (ne *Il domani d'Italia* del 3 febbraio 1945) e « con un po' di ritardo ma assai efficacemente » da Piero Calamandrei, che sotto il fascismo i giuristi avessero, in linea generale, dignitosamente adempiuto al loro dovere. Pertanto, concludeva Pannain, il « meccanico ritorno » ai vecchi codici avrebbe rappresentato « un vero regresso ». La stabilizzazione dell'« assetto costituzionale e sociale » del nuovo Stato avrebbe dimostrato la validità di princípi che in quel momento — all'alba del 1945 — apparivano « inspirati alla ideologia autoritaria e statolatra ». In ogni caso, Pannain esortava a concentrare l'eventuale volontà riformatrice sul solo codice di procedura penale, nel quale era davvero in gioco l'antinomia autorità/libertà (13).

La prudenza di Pannain trovava conforto nella magistratura e

---

(9) *Commissione* 1945, p. 93-4.

(10) PANNAIN 1945b, p. 57.

(11) PANNAIN 1945b, p. 58.

(12) DELOGU 1945, p. 161; e ancora CAVALLO 1951, p. 130.

(13) PANNAIN 1945b, p. 59-61; a Santoro-Passarelli accenna anche LEONE 1945, p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

nell'università, mentre avvocati e stampa quotidiana scalpitavano (14). In effetti i vertici della magistratura, in quei primi mesi del '45, si professavano attendisti (cosí il p.g. presso la Corte d'Appello di Roma all'inaugurazione dell'anno giudiziario 1945) (15). Però il primo presidente della Corte di Cassazione Ettore Casati, pur contrario a rivolgimenti radicali, non esitava a proporre di togliere « il troppo e il vano » dal codice di procedura penale attingendo proprio, in buona misura, dal vecchio c.p.p. del 1913. In particolare, egli suggeriva di privare della qualifica di parte il pubblico ministero (onde restituirgli un'effettiva imparzialità), di abrogare il potere di archiviazione del p.m. senza vaglio del giudice, di consentire ai difensori di assistere ad alcuni atti istruttori e di abbreviare i termini della custodia preventiva (queste ultime due riforme si sarebbero potute adottare senza ricadere nelle esagerazioni del 1913); di sopprimere (come esigeva il progresso della scienza) il divieto « di procedere a perizie » per accertare la personalità dell'imputato, di rinunciare al contingentamento dei tempi della discussione finale (16).

Anche il sostituto procuratore presso la Corte d'Appello di Roma, Luigi Granata, esprimeva la preferenza per una riforma meditata, piuttosto che per una repentina sostituzione dei codici vigenti. A suo avviso, gli interventi luogotenenziali già effettuati sul codice di procedura penale (il controllo sull'archiviazione restituito al giudice istruttore [art. 6 D.L.L. 14 settembre 1944, n. 288], il ritorno al criterio della scarcerazione automatica [art. 6 D.L.L. 10 agosto 1944, n. 194]) giovavano a svellerne gli aspetti piú palesemente autoritari, in vista d'un integrale recupero delle tradizioni giuridiche liberali (17).

Alla fine, nonostante l'orientamento della commissione Tupini, la soluzione del ritorno al passato fu scartata. Come avrebbe realisticamente osservato Vincenzo Cavallo, « un periodo storico non si vive mai inutilmente e non si può cancellare del tutto perché rimangono sempre tracce del male come del bene » (18). Tra il

(14) Pannain 1945b, p. 58.
(15) Rubbiani 1945, p. 149; Casati 1945, p. 44.
(16) Casati 1945, p. 52-56.
(17) Granata 1945, p. 25-31.
(18) Cavallo 1951, p. 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rifacimento *ex novo* d'un codice di rito e l'epurazione delle norme autoritarie da quello vigente si scelse quest'ultima strada. Puntelli tecnici per giustificarla non mancavano: e furono illustrati con perizia professorale e sapiente retorica da protagonisti di primo piano sul proscenio politico dell'Italia liberata.

3. *La resistenza silenziosa: Giovanni Leone.*

Il piú precoce e agguerrito assertore della *continuità* codicistica processualpenale fu Giovanni Leone. Un suo articolo apparso su *La Giustizia* del 25 settembre 1944 anticipava la necessità di *sceverare* quanto si ricollegava a dottrine e principi del « regime defunto » da ciò che vi si riallacciava « solo occasionalmente e cronologicamente ». Sul fronte penalistico egli sottolineava che, grazie all'« imponente forza della tradizione » italiana e al « meritevole atteggiamento » di giuristi formatisi nella dottrina liberale (uomini cui la storia avrebbe ascritto « la concorde, costante e decisa resistenza [...] ai tentativi di asservimento » patiti dai colleghi tedeschi), « i codici del 1930 non possono ritenersi, tranne che in alcuni aspetti di dettaglio, incompatibili con un regime di libertà e di democrazia ». Sicché lo studioso napoletano escludeva « in via assoluta un meccanico ritorno ai codici preesistenti », per di piú « del tutto superati sotto il profilo della tecnica legislativa » (19).

Sul primo numero dell'*Archivio Penale* Leone enfatizzava nuovamente le capacità di resistenza denotate dai « penalisti italiani, nel ventennio fascista [...], a qualsiasi tentativo d'infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale ». E, con riguardo ad uno specifico profilo dottrinale (il concetto di rapporto processuale, su cui cfr. *infra*, § 9), poneva in corto circuito il « servilismo della dottrina tedesca » e « la fermezza » di quella italiana (20). La convergenza con Pannain era piena: sullo stesso numero di *Archivio Penale* l'editoriale di presentazione del Direttore fondava l'accorata difesa del metodo tecnico-giuridico sulla distanza del « buon senso latin[o] » dagli « eccessi del formalismo teutonico » (21).

---

(19) La cit. è tratta da PANNAIN 1945b, p. 58.

(20) LEONE 1945, p. 28 e 25.

(21) PANNAIN 1945a, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Il 6 novembre del 1947, nella relazione al Congresso Nazionale giuridico-forense di Firenze (canovaccio che egli stesso avrebbe considerato « l'architrave » delle sue successive posizioni scientifiche e parlamentari sul tema), Leone invitava gli studiosi ad affrontare « il giudizio di epurazione del codice del 1930 [...] con l'animo sgombro da ogni risentimento ». Quel testo, a suo parere, non era stato « espressione di una corrente politica autoritaria » bensí d'un movimento d'idee « squisitamente tecnico » che lo « precedé e determinò », sin dalla discussione alle Camere sulla legge-delega. Nel merito, esso custodiva un nucleo di concetti « liberali » (la raffigurazione del processo come rapporto giuridico tra parti, la polarizzazione tra pretesa punitiva dello Stato e diritto di libertà del cittadino), a confronto dei quali gli aspetti effettivamente influenzati dal regime (autorità del giudice, limiti alla partecipazione privata e alla difesa, nullità sanabili) risultavano « particolari » e oltretutto già emersi « prima del fascismo »: una scorsa alle relazioni Finocchiaro-Aprile del 1906 e 1911 avrebbe risparmiato « il consueto errore di addebitare al fascismo » fenomeni di cui esso fu « per lo meno non interamente responsabile ». A riprova di questa lettura, il giurista napoletano confrontava, ancora una volta, il c.p.p. del 1930 con la processualpenalistica tedesca, che aveva ripudiato il concetto di pretesa punitiva, la parità delle armi, il *favor defensionis*, i canoni probatori ed aveva accolto altre « simili aberranti idee » (22).

La premessa consentiva a Leone di spostare su un piano puramente operativo le sue proposte di riforma che, se accolte, avrebbero assicurato « al processo penale un balzo, sia pure ardito, verso un'impostazione piú liberale » (23). E infatti la parte residua della relazione era interamente dedicata a suggerimenti tecnici mediante i quali la Repubblica avrebbe potuto produrre « una nuova testimonianza del nostro equilibrio latino [...] senza muovere *ab irato* nei confronti del codice Rocco da posizioni di preconcetta antitesi » (24). In effetti, molte delle proposte 'fiorentine' di Leone avrebbero tracciato la rotta della processual-penalistica degli anni '50 e '60 (nonché parzialmente ispirato la novella del 1955): cosí, ad esempio,

(22) LEONE 1947, p. 201-203; cosí anche ID. 1948, p. 35-36.
(23) LEONE 1947, p. 204.
(24) LEONE 1947, p. 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

la richiesta di riaprire al difensore le porte dell'istruzione (sul punto — ammetteva il relatore — il codice Rocco, per sospetta « antipatia » verso la classe forense, aveva mosso « un notevole passo indietro » rendendo la difesa « del tutto ipotetica »); o di avviare un vero processo di parti (25). Sviluppando questi spunti, Delitala, nello stesso simposio, esplicitava l'istanza d'una virata della procedura italiana in senso anglo-americano (26).

Il saldo ancoraggio al codice Rocco non significò, per il Leone dei tardi anni '40, acquiescenza allo *status quo*. Anche le coordinate di riforma abbozzate nella prolusione napoletana del 1948 combinano con sagacia elementi conservatori riproposti in chiave liberale (il suggerimento di mantener fermo il concetto di *rapporto processuale*, indubbio retaggio della sistematica tecnico-giuridica) e aperture francamente progressiste: l'esortazione ad accentuare il carattere di processo di parti, al fine di superare tanto l'« ipocrisia » d'una presunta obiettività del p.m., quanto la temibile concezione manziniana (rimasta « per fortuna » innocua rispetto al c.p.p. 1930) della libertà individuale quale graziosa concessione dello Stato fascista; l'invito a passare all'accusatorio, a tutelare la libertà individuale, ad approfondire le indagini sulla personalità dell'imputato, ad estendere le garanzie giurisdizionali alla fase esecutiva. A proposito della parte civile, il professore arrivava a denunciare che al « sistema democratico [...] ripugna l'espropriazione, da parte dello Stato, del diritto dell'offeso a promuovere la punizione dell'offensore » (27).

In definitiva, dopo aver tenacemente predicato, prima ancora che la liberazione fosse terminata, le ragioni della sopravvivenza del c.p.p. 1930, negli anni immediatamente seguenti Leone delineò pazientemente una pluralità d'interventi che, se applicati, ne avrebbero, a ben guardare, stravolto 'dall'interno' la fisionomia. Ai suoi occhi evidentemente quel testo, di cui non gli sfuggiva l'inadeguatezza a rispecchiare appieno i valori costituzionali, garantiva ancora una dignitosa intelaiatura dottrinale. Formatosi alla scuola dei fratelli Rocco e di Massari, egli difendeva forse, attraverso il codice, una

(25) LEONE 1947, p. 220, 225.
(26) LEONE 1947, p. 239.
(27) LEONE 1948, p. 39-45; 56-60; 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

cultura processual-penale che al tramonto degli anni '40 non aveva trovato valide alternative.

4. *Scientifica* mediocritas.

Oltre che sul 'nodo' del codice, la processual-penalistica italiana uscita dalla guerra s'interrogava sul suo statuto scientifico. L'autonomia didattica conquistata nel 1938 (28) aveva già prodotto, agli inizi degli anni '50, cinque o sei chiamate di posti universitari di ruolo (29). Ciò non bastava ovviamente ad assicurare una pari dignità con le discipline affini (30). L'identità rimaneva tutta da definire.

L'auto-analisi non poteva che muovere da un giudizio retrospettivo sul grado di coinvolgimento della dottrina nella riforma fascista. Risiede, probabilmente, in questa intuizione il pregio del noto saggio di Girolamo Bellavista *Sullo stato attuale del diritto processuale in Italia*, significativamente affidato agli studi in memoria di Arturo Rocco. L'Autore, all'epoca professore straordinario a Messina, sosteneva che il diritto processuale penale, emerso dalle « angustie » e dall'« infatilismo della esegesi » ottocentesca, aveva fatto intravedere « un risveglio promettente » all'inizio del secolo XIX, grazie all'organica esposizione degli *Elementi* lucchiniani (1895) e poi al codice Finocchiaro-Aprile. Però, nonostante il « deciso rinnovamento » registratosi tra il 1913 e il '30, il codice tuttora in vigore non era stato preceduto da una matura elaborazione dottrinale. Bellavista riprendeva, in proposito, un *tópos* dell'indirizzo tecnico-giuridico quando affermava che la « fase critica » non può che seguire quelle esegetica e dogmatica: poiché nel 1930 il ciclo non poteva dirsi compiuto, la codificazione era nata da « necessità politiche, e non dottrinali. E soprattutto per creare un codice di rito che fosse quanto piú era possibile vicino ed aderente alla mentalità illiberale ed autoritaria del fascismo » (31).

Quest'ultima considerazione, che pure proviene dallo stesso *milieu* dei Leone e dei Pannain, ne rovesciava la diagnosi: a Bella-

(28) Pisani 1967, p. 13; e, per il pregresso, Barsanti 1898.
(29) Bellavista 1952, p. 167.
(30) Pisani 1998, p. 1180-1181.
(31) Bellavista 1952, p. 153-159.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

vista il codice processuale del 1930 appariva operazione tutta 'politica' e scientificamente immatura. Forse, nel 1952, non erano piú necessarie le reticenze verbali del '45, quando le incertezze sull'avvenire suggerivano di tenersi stretto un articolato imbarazzante per la matrice, non altrettanto per i contenuti.

Del resto, nel passare in rassegna la produzione dei colleghi (come aveva fatto, con una 'pagella' globalmente severa, FLORIAN 1939, p. 29), Bellavista, quarantaquattrenne, non denotava timori reverenziali verso i maestri degli anni Venti-Trenta. Come esempio di « ritardato sviluppo » della disciplina egli additava niente meno che il *Trattato* di Manzini, che gli sembrava, malgrado lo « sforzo di una notevole costruzione dogmatica », non raggiungesse « la sintesi, la panoramica del processo penale [...] con la stessa facilità, con la stessa semplicità con la quale — il paragone s'impone — si raggiunge la panoramica del processo civile, poniamo, nelle pagine del Chiovenda. Angoli morti, angoli senza luce o avvolti nella penombra, ne rimangono, e non pochi, nel processo penale. Illuminare questi angoli con la luce fioca dell'esegesi è come contentarsi del lucignolo nel secolo della luce elettrica ». Anche « l'opera del Massari, purtroppo solo abbozzata, reca in sé i sintomi rivelatori di un deciso piú radicale abbandono della vecchia via e di un accostamento sensibile al metodo costruttivo dei processualisti civili », ma vi permanevano « le lacune, le penombre, i problemi accennati ed insoluti » (32).

Tra gli altri contributi di carattere generale, risalenti alla stagione immediatamente anteguerra, Bellavista indicava i manuali di Florian (1939) e Guglielmo Sabatini (1931); il *Corso* di Enrico Romano Di Falco (1934); i lavori di Massari (1932-34), prematuramente interrotti e riordinati « con animo devoto » da Leone; le *Lezioni* del De Marsico (1936), successore di Massari sulla « cattedra partenopea ». Poche citazioni erano riservate alla produzione post-bellica. Nelle « brillanti quanto discusse » *Lezioni sul processo penale* del Carnelutti (1946) Bellavista scorgeva « la geniale favilla di un completo giurista che forza la mano al docente e gli fa commettere a volte non condivisi straripamenti nel diritto sostantivo ». E poi i manuali di Grispigni (1945?)

(32) BELLAVISTA 1952, p. 160-161.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

e di Vannini (1947), i *Lineamenti* di Leone. Nel complesso, una letteratura « suscettibile di miglioramenti » e di « altre fatiche dogmatiche per potersi elevare alla stessa altezza di molte altre scienze giuridiche sorelle » (33).

Altrettanto deludente appariva a Bellavista il bilancio delle monografie « sui singoli istituti », dove almeno « la quantità sparuta » è compensata « dalla qualità della produzione scientifica ». Per la verità, gli studi da lui segnalati (la monografia di Giacomo Delitala sul divieto di *reformatio in pejus* [1927], i *Principi fondamentali* [1931] ammirevolmente stringati di Alberto Domenico Tolomei, le ricerche di Leone su *La sentenza penale inesistente* [1936] o di Arturo Santoro sull'esecuzione penale [1931], insieme con gli scritti di Frosali, Romano Di Falco, Zeppieri, Vitale, Ranieri, Guarneri, Cavallo, Mirto, Bettiol, Giuseppe Sabatini, Foschini) risalgono tutti agli anni '30 o agl'inizi dei '40, salvo i libri (usciti entrambi nel '51) di Stefano Riccio sulla preclusione e di Alberto Candian sulla querela. Per la parte residua Bellavista era sferzante. « Il resto delle pubblicazioni che han veduto la luce dopo l'entrata in vigore del codice Rocco non arriva forse alla *scientifica mediocritas*. Da alcuno si è trascurato lo studio di problemi fondamentali [...] per andare ad affrontare temi aerei e discutibilissimi come quello della eccezione penale [il riferimento è probabilmente a Sergio Costa o a Tancredi Gatti, *ndr*]; da altri, invece di guardare il diritto com'è, e tentare di contribuire alla sua costruzione dogmatica, si è preferito fantasticare il processo penale umanista [l'allusione riguarda Vincenzo Lanza, *ndr*]; da altri ancora si è preferito [...] sferruzzare nella esegesi cruda e nuda di questo e di quell'articolo, senza nemmeno tentare di arrivare alla cima di un titolo o di un libro del codice [...]. Tirando le somme, il bilancio anche in questo campo potrebbe, e dovrebbe, essere piú lusinghiero ». I suddetti limiti, secondo lo studioso siciliano, si proiettavano nelle carenze dogmatiche delle sintesi generali e si traducevano in una vera e propria « depressione scientifica » (34).

(33) Bellavista 1952, p. 159-61.
(34) Bellavista 1952, p. 162-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

5. *Il riscatto di Cenerentola.*

La scienza processual-penale, insomma, temeva di non beneficiare del passaggio alle istituzioni democratiche, della discontinuità costituzionale, della complessiva palingenesi che investiva la cultura giuridica italiana. La sensazione di marginalità fu còlta da Francesco Carnelutti nel breve e sulfureo saggio *Cenerentola*, apparso sulla *Processuale* del 1946. L'Autore, giurista notissimo e poliedrico che si stava stabilmente accostando alla procedura penale, evocava nel titolo uno spettro che aveva già piú volte aleggiato sulla disciplina (35). Egli paragonava la *scienza del processo penale* alla protagonista della favola, vittima di sorelle prepotenti (il processuale civile e il penale sostanziale) delle quali indossava le vesti dismesse. Nonostante alcuni innegabili progressi — osservava Carnelutti — restavano sproporzionati, rispetto al diritto penale, lo spazio accademico (un anno d'insegnamento contro due) e i confini tematici. Il vero dislivello, però, non si sanava mediante l'autonomia, « formula ambiziosetta », bensí prendendo coscienza dei contenuti della disciplina. Bastava una *spassionata* lettura comparata di Chiovenda e di Massari, ad avviso dello studioso friuliano, per percepire che il diritto processuale civile deteneva ancora la *leading position*: « la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile; dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati; d'una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce, ma sono quasi irrilevanti ». Per incitarla al riscatto, Carnelutti ricordava a Cenerentola che nel processo penale, « regno degli straccioni » rispetto al processo (civile) degli « agiati », si disputava però del tema vitale della libertà. Da qui la promessa dello studioso di profondere le residue energie personali nella costruzione d'una teoria generale del processo: la via che avrebbe parificato la scienza processual-penale alla dignità delle 'sorelle' (36).

Dopo solo due anni, tuttavia, Carnelutti ribadiva l'« indiscutibile inferiorità » della scienza del processo penale rispetto a quella del rito civile: squilibrio che, a suo avviso, danneggiava anche la

(35) Miletti 2003, p. 9-11.
(36) Carnelutti 1946a, p. 2-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

seconda perché rallentava l'edificazione d'una teoria generale del processo (37). Rievocando, nel 1960, il titolo di quel saggio, *Cenerentola*, l'insigne giurista spiegò che il suo era rimasto « un appello inascoltato: sono entrati, bensí, alcuni giovani animosi nell'agone », ma costoro, pur avendo raccolto « l'incitamento a portare lo studio del processo penale al livello raggiunto dallo studio del processo civile », non erano ancora riusciti a « sollevarlo all'altezza richiesta dalla differenza tra l'uno e l'altro » (38).

L'articoletto del '46 suscitò tra gli specialisti reazioni contrastanti. Bellavista obiettò che i limiti della disciplina andavano imputati ad un ritardo metodologico. A suo avviso, la *causa causarum* del « rachitismo scientifico » della procedura penale, che si trascinava « dalla seconda metà » del secolo XIX, discendeva dall'arretratezza del diritto pubblico, « che per tanti anni nel nostro paese divagò ed annegò in mezzo a vacue e nebulose generalità sociologiche e politiche »: ciò a fronte del processuale civile, giovatosi viceversa della « connessione » con il civile, mentre il penale sostanziale si perdeva « dietro lotte […] piú politico-criminali che giuridiche ». A ciò si sommava, secondo Bellavista, il « gretto pregiudizio » che degradava la procedura al rango di pratica forense e soprattutto (la causa forse « piú importante e decisiva ») la lunga mancanza di autonomia didattica (39).

L'intento di Carnelutti era stato però quello — probabilmente sincero, anche considerando i suoi interessi accademici e professionali — di ridestare l'autostima dei processualpenalisti (40). Nello stesso spirito egli caldeggiò la modifica della denominazione in *diritto processuale penale*, che avrebbe permesso di partecipare alla « rivoluzione » (da *Civilprozess* a *Civilprozessrecht*) realizzata da Wach nel 1885 ed importata in Italia dai *Principi* del Chiovenda e dai suoi numerosi seguaci (41). Nel 1964 Giovanni Conso avrebbe deplorato il rischio d'un ritorno alla formula *procedura penale*,

(37) Carnelutti 1948, p. 16.

(38) Carnelutti 1960, p. 2; critico per il tono « ispirato dallo Spirito Santo » Leone 1962, p. 592.

(39) Bellavista 1952, p. 160-161 e 166.

(40) Gu. Sabatini 1951, p. 454.

(41) Carnelutti 1949, p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dovuto all'introduzione di corsi unificati col penale nelle facoltà di Scienze Politiche (42).

6. *Confusionismo metodologico.*

Ai processualpenalisti dell'immediato dopoguerra non difettava l'attitudine all'autocritica.

Il manuale pubblicato da Filippo Grispigni probabilmente negli ultimi mesi del 1945 (cosí si evince dagli aggiornamenti legislativi) lanciava l'allarme. Nel brillante *incipit* l'Autore avvertiva che per « la scienza del diritto processuale penale può dirsi che la crisi incomincia adesso ». Esauritasi, infatti, la transizione « dall'esegesi alla dommatica », si percepiva « una reazione » derivante dai limiti (l'insufficienza e l'astrattezza) della stessa dogmatica: « come rimedio a tali difetti si caldeggia l'inclusione, nella scienza processuale, dello studio storico, filosofico e politico », nonché l'estensione dell'interesse « alle *attività* processuali, cosí come si svolgono nella quotidiana vita del foro ». Grispigni paventava una simile deriva, che avrebbe condotto « al piú deprecabile confusionismo metodologico ». Per arginarla e contrastare la « lotta che ora è di moda fare contro l'astrazione », egli proponeva di adottare il medesimo oggetto prescelto dal penale sostanziale: la norma giuridica, vista nella sua marcata valenza prescrittiva. Una convinzione cosí radicata da indurlo ad affermare, in polemica con le carneluttiane *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (1941), che « la scienza del diritto processuale non studia già il processo, bensí soltanto le *norme regolanti* il processo ». Grispigni si batteva per la specificità del processual-penale, pur ammettendo l'importanza della collaborazione dei saperi storico, filosofico, sociologico etc. (dei quali raccomandava di « tener conto ») e pur riconoscendo che gli attori della pratica processuale dovessero possedere cognizioni metagiuridiche (43).

Avendo incentrato nella *norma* la sostanza della procedura penale, Grispigni poteva asserire che il processo « è un fatto del giudice [...] e non delle parti ». Lo studioso reputava « del tutto

(42) Conso 1964, p. 2-3.
(43) Grispigni 1945, p. 5-10.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

arbitraria » la definizione, fornita da James Goldschmidt (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925), del giudice quale « signore della legge processuale » (44). In polemica con Carnelutti nonché in dissenso dalla sistematica di Florian (45), Grispigni non dubitava che la *giurisdizione* dovesse assurgere a perno, anche espositivo, dell'intera materia (46).

Questa concezione schiettamente normativistica, che avrebbe riscosso un non effimero séguito (47), divenne bersaglio di Carnelutti, successore di Grispigni sulla cattedra romana di diritto processuale penale. Sin dall'enfatica prolusione del 1946, intitolata *La lotta del diritto contro il male*, Carnelutti contestò al predecessore d'aver lavorato *sulle* norme anziché *con* le norme, alla stregua d'un « astronomo innamorato del telescopio anziché delle stelle »: ed ammoní, sprezzante, a non confondere la dogmatica, che deve restare « uno strumento », con la conoscenza del diritto; a non sostituire il mondo dei *concetti* con quello delle *cose*. Con scoperta allusione alla parabola esistenziale del Grispigni, il giurista friulano osservava fondatamente come « l'impetuoso attacco positivista [avesse] finito per irretirsi nei magici lacci del concettualismo tedesco » e nei relativi perfezionamenti italiani. Per parte sua, Carnelutti prometteva agli studenti di non scambiare « l'uomo che ruba col fantoccio del furto o l'uomo che uccide con le marionette dell'omicida » (48).

La prolusione romana apriva il primo dei quattro volumi carneluttiani di *Lezioni sul processo penale* (1946-49). L'impianto dell'opera, brioso e suggestivo, era consapevolmente provocatorio. Il processo penale era originalmente presentato quale strumento preventivo vòlto a rendere impossibile il reato (49). I confini disciplinari erano estesi all'intera *catena* ricompresa tra il sospetto e l'espiazione (50), in modo da attrarre la *pena* dall'orbita sostanziale a quella della procedura.

---

(44) Grispigni 1945, p. 96.
(45) Florian 1939, p. 167-199.
(46) Grispigni 1945, p. 48-9.
(47) Cfr. Ranieri 1956, p. 3-4.
(48) Carnelutti 1946b, I, p. 19.
(49) Carnelutti 1946b, I, p. 39.
(50) Carnelutti 1946b, I, p. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Ma l'esperimento non smosse le acque stagnanti d'un settore che continuava a prediligere modelli espositivi e contenuti mutuati dal tecnicismo giuridico. Basti pensare alla definizione di *diritto processuale penale* che si rinviene nei *Lineamenti* di Leone: da un lato essa (51) include la funzione di « accertamento della pericolosità sociale » e di « applicazione di misure di sicurezza », dall'altro però il professore napoletano si affretta a precisare che la scienza in questione « obbedisce ad un metodo rigorosamente giuridico, come tale alieno da qualsiasi contaminazione di criteri o elementi extra-giuridici » (52).

D'altronde, con singolare *understatement* e a riprova d'una cronica timidezza epistemologica, gli stessi fautori dell'autonomia disciplinare del diritto processuale penale demandavano al processo e alle relative norme una « funzione strumentale »: applicativa, cioè, del diritto penale (53). Eppure, una simile debolezza aveva reso l'àmbito processuale il « campo minato » per le incursioni illiberali dell'autoritarismo (54).

I processual-penalisti, in altri termini, erano in qualche modo 'rassegnati' ad occuparsi del *jus actionis*, lasciando il *jus puniendi* ai colleghi del penale sostanziale. La spartizione, sebbene mortificante, rivestiva però una finalità pratica: consentiva, infatti, di classificare le norme come sostanziali o processuali, con conseguenze agli effetti della ultra-attività nel tempo, dei limiti spaziali di applicazione etc. Si riteneva, ad esempio, che rientrasse nel sostanziale la remissione della querela, giacché estingueva il reato; nel processuale (ma la tesi era minoritaria) la disposizione del codice penale che dichiarava procedibile un delitto a querela della persona offesa (55).

Il segmento piú delicato del riparto di confini concerneva la teoria della pena, che la visione *panprocessualistica*, rimasta isolata,

---

(51) Sulle orme, invero, del De Marsico 1938, p. 1.

(52) Leone 1951, p. 5-6; e già Id., 1949, I, p. 8.

(53) Manzini 1931, I, p. 68; Grispigni 1945, p. 116 [ma con precisazioni ivi, p. 94-95]; Vannini 1947, p. 11-13 sulla scorta di Calamandrei [e già Vannini 1941, p. 4 per la distinzione tra pretesa punitiva e accertamento giudiziale]; Leone 1951, p. 1-2; Bellavista 1956, p. 2; Conso 1964, p. 4.

(54) Leone 1948, p. 37; Cavallo 1951, p. 129.

(55) Vannini 1941, p. 4; Vannini 1947, p. 12; Vannini 1952, 5; opposto il parere di Grispigni 1945, p. 129 sulla remissione di querela.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

del Carnelutti aveva tentato, come si è visto, di ascrivere al processuale penale (56). « Oggetto del processo », obiettò Bellavista, « non è affatto il farmaco-pena e, con tutto il rispetto per tanto giurista, noi crediamo che per questa strada confusionaria non si realizzi affatto l'auspicata evoluzione del diritto processuale », in virtú del motto manzoniano *non tutto quel che viene dopo è il progresso* (57).

7. *La crisi del costruttivismo.*

L'esame sin qui condotto evidenzia, nella processual-penalistica della transizione dal regime fascista alla Costituzione repubblicana, una propensione per la chiusura nel *proprium* disciplinare, se non una tendenza all'autolimitazione. Era dunque dissipata l'ambizione, coltivata dalla generazione di studiosi attivi nel primo trentennio del secolo (58), di costruire una tardiva ma autentica *scienza*, in grado di elevarsi a sistema e di competere con gli altri rami del sapere giuridico?

Prima di tentare di rispondere al quesito, occorre capire se, in un tornante storico gravido di aspettative e segnato dalla ricostruzione materiale e morale del Paese, il costruttivismo dogmatico, peculiare all'indirizzo tecnico-giuridico, fosse ancora in grado di fornire una propulsione riformatrice o fosse invece destinato ad arenarsi nelle secche del concettualismo paludato e, tutto sommato, sterile.

S'è visto che Grispigni guardava con preoccupazione alla reazione anti-dogmatica che stava contagiando anche l'Italia, specialmente per impulso del Carnelutti (59).

La prolusione di Leone presso la Facoltà napoletana di Giurisprudenza nell'autunno del 1948, peraltro coincidente con l'inaugurazione dell'insegnamento ordinario della procedura penale nell'Ateneo fridericiano, esortava i processualpenalisti a cimentarsi nello studio delle riforme, senza abdicare alla loro precipua missione di predisporre « un sistema scientifico di princípi dedotti dal diritto

(56) Bellavista 1956, p. 5.
(57) Bellavista 1952, p. 169-170.
(58) Miletti 2010.
(59) Grispigni 1945, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

positivo vigente ». Una scelta esclusivamente tecnicistica, ad avviso del professore, avrebbe tagliato la dottrina « fuori dal corso impetuoso degli avvenimenti nazionali ». Leone precisava di non voler affatto prospettare « una crisi, e neppure un momentaneo declino del metodo giuridico » sistematico. Il suo, al contrario, era un invito a perpetuare la sinergia, propria dell'indirizzo inaugurato da Arturo Rocco nella celebrata prolusione sassarese del 1910, tra elaborazione dei principi del diritto positivo e fecondazione nelle *viscere* del « diritto futuro ». Il ricordo del maestro, Edoardo Massari, confortava Leone circa la legittimità per lo studioso di impostare tematiche di « politica criminale » (60).

Di diverso avviso era Girolamo Bellavista. Il suo dissenso nasceva da una piú disincantata valutazione del metodo tecnico-giuridico, che in realtà privilegiava il lavoro « di commento e di critica » e sacrificava la « ricerca dogmatica », provocando il « ristagno » della scienza processuale penale. Anche il professore palermitano evocava la prolusione di Rocco, ma per denunciarne il tradimento: nel diritto processuale, per « un diffuso mal vezzo », si era « preferita, purtroppo, la *scienza della legge* alla *scienza del diritto* »; la « supervalutazione della ricerca esegetica » e la « critica degli istituti » alla solida costruzione dogmatica. Non a caso, « oggigiorno un venticello di fronda — frutto di generosa reazione realistica agli eccessi bizantini dei superdogmatici — si agita contro la dogmatica giuridica, specie nel campo del diritto penale ». La « fronda » tuttavia, tranquillizzava Bellavista, non aveva ragion d'essere nel processuale penale, dove « non si lamenta certo la crisi di superproduzione e di superdommatismo, che si è intravista nel campo del diritto sostanziale » (61).

8. *L'unità del processo.*

I due pilastri portanti della dogmatica processual-penalistica ante-guerra erano stati la tesi dell'*unità fondamentale* del processo e il concetto di rapporto giuridico. Entrambi sopravvissero nella manualistica e nelle opere di sintesi degli anni '40 e '50, ma

(60) LEONE 1948, p. 33-35.
(61) BELLAVISTA 1952, p. 167-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

l'impressione è che vi fossero ospitati piú per forza inerziale che per convinta adesione.

La controversa teoria dell'*unità* del processo civile e penale e delle relative discipline era stata lanciata da Agostino Diana sulla base di suggestioni pandettistiche (62). Era stata sviluppata negli anni '20 e '30 (63), anche con sfumature intermedie che confidavano quanto meno nella possibilità di individuare alcuni princípi comuni o una dottrina parzialmente generale (64). Il codice del 1930 era rimasto piuttosto impermeabile al dibattito (65). Confermando una precedente opinione (66), nel 1939 Florian aveva radicalmente dissentito dalla prospettiva dell'unificazione tra giurisdizioni: da un'angolazione rigidamente positivistica egli aveva contrapposto al *gelido* tecnicismo del processo civile l'indagine psico-antropologica e « biosociale » del giudizio penale, anche alla luce dell'introduzione delle misure di sicurezza (67). Invece Calamandrei, in un saggio destinato agli scritti in onore di Santi Romano e recensito da Croce, aveva incidentalmente inquadrato la metamorfosi in senso pubblicistico dell'azione civile come epifenomeno del « fatale cammino che porta il processo civile ad avvicinarsi sempre piú a quello penale » (68).

Nell'immediato dopoguerra un 'tardo' positivista come Grispigni, traendo spunto dall'unificazione avvenuta in Svezia, con legge 18 luglio 1942, della parte generale delle procedure civile e penale, rilanciò l'ipotesi di sperimentare un'analoga integrazione in Italia (69). Dichiaratamente favorevole a preservare l'astrazione dogmatica della processual-penalistica e fedele al « principio di economia » predicato dall'empirio-criticismo, egli riteneva che la costruzione d'una comune *teoria generale del diritto processuale* costituisse « un'esigenza scientifica di cosí elementare evidenza da apparire superfluo l'indugiare a fornire argomenti ». Un'ulteriore conferma gli sembrava derivare dal notevole accostamento, persino lessicale,

(62) Diana 1914, e poi nella voce *Diritto processuale* del *Nuovo Digesto*.
(63) D'Agostino 1928, con recensione adesiva di Sergio Costa (1932).
(64) Rende 1921; Tolomei 1931; Gu. Sabatini 1931, p. 90-93.
(65) Miletti 2010, p. 81-83.
(66) Florian 1932, p. 9-13.
(67) Florian 1939, p. 10-11.
(68) Calamandrei 1939, p. 23.
(69) Grispigni 1946.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

del nuovo codice di procedura civile a quello penale: erano ormai comuni l'impianto pubblicistico, i caratteri di oralità, immediatezza, concentrazione, il rafforzamento dei poteri del giudice nell'acquisizione delle prove. In pratica, però, lo studioso viterbese riteneva « prematura » e sconsigliabile la codificazione unica di tipo 'svedese', a causa della perdurante mancanza d'una « teoria generale del processo » e d'un analitico « esame comparativo degli istituti ». Egli metteva altresí in guardia dalla tentazione di trasporre *sic et simpliciter* i princípi dell'uno all'altro settore: nel ribadire che quello penale rimaneva « il processo per antonomasia! », Grispigni contestava ad insigni processualcivilisti (in particolare Carnelutti ed Andrioli) talune improprie commistioni, come la giurisdizionalizzazione — a suo dire, improponibile nel penale — della fase esecutiva (70).

Alla cautela di Grispigni si contrapponeva la fiducia, seppur oscillante, di Carnelutti (71). Il professore friulano aveva affrontato il tema delle *differenze* tra la scienza del processo civile e penale nella recensione alla monografia di Florian sulle *Prove penali* (Milano 1924). Dissociandosi dalla tesi dell'autore, egli aveva sostenuto che « procedura civile e procedura penale si distinguono bensí, ma non perché abbiano diverse radici, sibbene perché sono due grandi rami, in cui si bipartisce [...] un unico tronco. Presto o tardi, dovrà venire il tempo in cui si terrà conto di questa verità anche nell'insegnamento universitario » (72). Nel *Sistema* del 1936 Carnelutti pareva aver compiuto un passo indietro, giacché aveva ammesso che il processo di condanna possa assumere « una diversa struttura » a seconda che miri all'accertamento della responsabilità civile o penale (73).

Dopo la guerra, il giurista udinese ricominciò a disegnare un itinerario di avvicinamento tra le due procedure. Un suo saggio del 1948 destinato ad una rivista argentina provava a gettare le basi d'una teoria processuale generale. Dopo aver scartato alcune superficiali analogie, lo studioso invitava ad indagare in profondità le

---

(70) GRISPIGNI 1945, p. 12-14; ivi, p. 66; la tesi di Grispigni sarà recepita da BELLAVISTA 1956, p. 3.

(71) BATTAGLINI 1951, p. 439-440.

(72) CARNELUTTI 1925, p. 3.

(73) CARNELUTTI 1936b, I, p. 141.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

differenze tra *proprietà* e *libertà* o, meglio, tra *avere* ed *essere* che separano i due processi, onde rinvenire « la prima indispensabile premessa della teoria generale » (74). Il saggio si chiudeva con l'auspicio alla « collaborazione perfettamente paritaria » tra i due campi, che richiedeva « la rinuncia della scienza processuale civile a qualsiasi diritto di primogenitura » (75).

I continui aggiustamenti di rotta carneluttiani, condotti « con spavalda disinvoltura », sarebbero stati duramente censurati da Leone (76). In precedenza, il professore napoletano aveva riconosciuto la « legittimità, anzi [l']utilità » del tentativo del collega di elaborare una teoria generale del processo: ma aveva altresí ammonito che le « larghissime e sostanziali differenze, persino contrapposizioni » tra le procedure non inducevano a « facili accostamenti » (77). In altra occasione, replicando proprio al Carnelutti, Leone rivendicava l'insopprimibile « autonomia della scienza del processso penale », i cui « principi regolatori » non presentavano « alcun punto di contatto » con quelli che definiscono il reato, la pena e gli « istituti connessi » (78).

Alle soglie degli anni Cinquanta, il tema dell'unificazione processuale si divaricava dunque tra la discontinua spinta favorevole del Carnelutti, che vi ravvisava il sentiero per rompere l'isolamento della processual-penalistica; e i cultori di quest'ultima (Leone su tutti), scettici sulla prospettiva d'una fusione e forse anche timorosi di venir fagocitati dalla disciplina 'sorella'. In questa diatriba il lucano Ernesto Battaglini, procuratore generale della Corte di Cassazione, su *Scuola Positiva* del 1951 si augurava almeno, « secondo l'esempio svedese », la parziale enucleazione d'una parte generale del processo, che avrebbe potuto pacificamente ricomprendere gli atti, l'invalidità, le prove, le impugnazioni, con ricadute virtuose non solo teoriche ma anche applicative ed ermeneutiche. Dottrina e giurisprudenza, secondo l'alto magistrato, ne avrebbero tratto « stimolo

(74) CARNELUTTI 1948, p. 11-15; nello stesso senso, con accenti meno metafisici, CARNELUTTI 1951, I, p. 25.

(75) CARNELUTTI 1948, p. 18.

(76) LEONE 1962, p. 590-1.

(77) LEONE 1949, p. 5.

(78) LEONE 1951, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

alle ascensioni verso le vette del sistema e nello stesso tempo a ricercare in profondità le radici del tronco comune » e dei singoli istituti (79).

Vantaggi dall'« unitarietà » intravedeva, sotto il profilo della « tecnica legislativa », Giuseppe Sabatini. Il suo *Le preleggi processuali*, anch'esso edito su *Scuola Positiva*, denunciava, sulle orme della *Cenerentola* carneluttiana, l'immotivata « preminenza » del processo civile sul penale e la « disdegnos[a] » chiusura dei processualcivilisti « nel loro guscio ». Al Carnelutti Sabatini esprimeva gratitudine per aver insegnato il *metodo* della unificazione, non solo indicando specifiche « trasfusioni », ma soprattutto infondendo « nei penalisti fiducia e certezza nell'avvenire »: lo studioso friulano aveva infatti capovolto gli stereotipi e dimostrato come l'« evoluzione della scienza processuale resta[sse] affidata da oggi principalmente alla dottrina del diritto processuale penale » (80).

Nel dibattito animato da *Scuola Positiva* interveniva Giuseppe Guarneri. Questi, già nel 1939, da incaricato all'Università di Parma, aveva contestato la trasposizione da un settore del diritto all'altro del concetto di *rapporto giuridico*. Pur riconoscendo « il fascino e la suggestione che esercitano le costruzioni sistematiche », le quali evocano la « divina armonia che regna nell'ordinamento giuridico », egli aveva considerato la teoria unitaria « una deformazione della realtà », giacché « la possibilità dell'unificazione è soltanto apparente ed illusoria » (81).

A distanza di oltre un decennio e in uno scenario notevolmente mutato, Guarneri, ora titolare dell'insegnamento di diritto processuale a Parma, concedeva a Carnelutti l'onore della pervicacia. Ma ribadiva tutte le perplessità: « A prescindere dall'errore storicistico, di considerare come primo venuto il processo civile, mentre nei primordi non esiste affatto un processo civile, esistendo solo un processo penale », la teoria dell'unificazione era « figlia di quel movimento pancivilistico » che tra Otto e Novecento si era illuso di « estendere le categorie civilistiche a tutto quanto il diritto ». Per Guarneri, che pure non negava l'esistenza di « notevoli ed estese

(79) Battaglini 1951, p. 441.
(80) Giu. Sabatini 1951, p. 449-454 e 457.
(81) Guarneri 1939, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

zone di contatto » in virtú della mortariana unità della giurisdizione, restavano ineliminabili talune peculiarità della procedura penale: l'oggetto (« giganteggia l'uomo nella veste di imputato », e dunque — qui è palese l'eco carneluttiana — rileva l'*essere* e non l'*avere*); la strumentalità; l'estrema esiguità del « potere dispositivo delle parti » (82).

Probabilmente influenzato dalle pagine di Guarneri, anche Bellavista invitava, nel 1952, ad evitare *trasporti* superficiali dovuti a retaggi pancivilistici: e raccomandava che l'anelito all'« unità fondamentale » non conducesse a trascurare « le innumerevoli sostanziali divergenze che separano i due processi » (83). Nel corso di lezioni del '56, il professore palermitano individuava « nei latinetti *audiatur et altera pars*, *ne eat judex ultra petita*, *sententia debet esse conformis libello* » alcune evidenti riprove dell'« esattezza del cosiddetto principio della unità fondamentale del processo », al pari dei criteri di probità e lealtà o dell'intervento adesivo (senz'altro trasferibili dalla sede civile a quella penale). Altre regole per contro (derogabilità della giurisdizione e della competenza, *Cicero pro domo sua*, prova legale) restavano prerogativa del processuale civile. Sicché Bellavista concludeva auspicando una moderata « sintesi che, cogliendo i caratteri comuni agli istituti dei due rami, elabori un concetto di *genus* » (84).

9. *La lettura 'liberale' del rapporto processuale.*

Il secondo anello di congiunzione dogmatica tra la processualpenalistica precedente e quella successiva alla seconda guerra mondiale consiste nel *rapporto giuridico processuale*.

Dal primo decennio del secolo tale concetto, vanto dell'indirizzo tecnico-giuridico che lo brandiva come un sofisticato vessillo di raggiunta *scientificità* (85), prometteva, tra l'altro, di agevolare il tragitto verso l'unificazione delle procedure. Nel 1945 Leone, forse memore d'un precoce spunto del suo maestro (86), ebbe l'intuizione

(82) Guarneri 1951, p. 460-465.
(83) Bellavista 1952, p. 168-169.
(84) Bellavista 1956, p. 3-4.
(85) Miletti 2010, p. 74-79.
(86) Massari 1906, p. 241-244.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

di ripresentarlo alla comunità degli studiosi come « indiscutibile derivazione dalla filosofia illuministica » e poi dal pensiero mortariano. Il rapporto — spiegava — s'instaura tra il diritto punitivo dello Stato e il « contrapposto diritto di libertà del cittadino » (87). In ciò egli si collegava abilmente ad un passaggio, invero alquanto marginale, contenuto in uno scritto giovanile di Arturo Rocco, nel quale si contrapponevano dialetticamente una sfera « *di libertà* del reo » e il « diritto di punire » dello Stato (88).

Leone non negava che il « doppio giuoco » praticato da alcuni studiosi durante la dittatura avesse occultato la portata 'garantista' insita nel concetto di rapporto processuale. Ma rammentava la « forza morale » che i giovani seppero desumere da simili principi apparentemente 'tecnici', « ad insaputa dei dirigenti politici del tempo » (89). In questa rilettura il giovane professore napoletano non era solo. Anche di Florian si scrisse, nel necrologio, che la sua insistenza sul concetto di rapporto processuale (90) fosse stata un segno di coraggio nei confronti dell'« autoritarismo nazista », che negava invece alle parti ogni diritto e le lasciava in balia della giustizia punitiva (91).

Grazie a questa catarsi, il sintagma godette di rinnovata fortuna nella processualpenalistica dei tardi anni '40. Vannini, ad esempio, lo reputava uno stadio intermedio tra il « rapporto penale sostanziale generico » tra Stato e sudditi e « l'eventuale rapporto punitivo concreto » (92). Il rapporto processuale, ad avviso del giurista toscano, « è la caratteristica veste giuridica [...] del processo penale moderno. È il portato di una civiltà giuridica che, nell'interesse di una giustizia obiettiva e serena, pone nell'equilibrio di una imparziale garanzia giurisdizionale tutta la dinamica del processo penale » (93). Vannini riteneva che il rapporto potesse instaurarsi in virtú del semplice contatto tra accusatore e giudice: l'esistenza di un

(87) Leone 1945, p. 23-24; cfr. anche Id. 1948, p. 39.
(88) Rocco 1904, p. 139 nt. 2.
(89) Leone 1945, p. 25.
(90) Florian 1939, p. 3.
(91) Santoro 1945, p. 619.
(92) Vannini 1941, p. 3; Vannini 1947, p. 11; Vannini 1952, p. 3.
(93) Vannini 1952, p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

imputato non era indispensabile, come ad esempio nel caso di pronuncia istruttoria di non doversi procedere (art. 378) perché risulta ignoto l'autore del fatto (94).

Anche Carnelutti impiegava nelle *Lezioni* il concetto di *rapporto giuridico* e ne contemplava, anzi, l'evoluzione (95), forse al fine di far dimenticare la recensione a Zanzucchi nella quale aveva liquidato la locuzione come « riverniciatura [...] di un mediocre *cliché* tedesco » oramai inservibile (96).

Nel 1952 Bellavista sostenne che l'entrata in vigore della Costituzione avesse « notevolmente rafforzata » la teoria del rapporto giuridico processuale, inteso come « contrapposizione dialettica » ma paritaria delle parti. Ciò avrebbe dovuto condurre ad « aggiornare […] la dottrina dei soggetti del processo penale », facendo uscire dalla « penombra » il responsabile civile e, soprattutto, rivalutando il difensore. In proposito, egli ricordava d'aver sollecitato, nella relazione stilata per conto della Facoltà di Giurisprudenza di Trieste in merito al progetto di riforma del c.p.p., l'equiparazione tra p.m. e difensori, anche rispetto alla collocazione *topografica* in aula (97).

Occorre tuttavia sottolineare come, dopo la novella del 18 giugno 1955, n. 517, il progressivo spostamento del *focus* dottrinale verso le tumultuose dinamiche legislative e giurisprudenziali attenuasse sensibilmente, per converso, l'attenzione per i tradizionali e alquanto logori nuclei sistematici del sapere processualpenalistico. Cosí, il manuale di Silvio Ranieri del 1956 depotenzia il tema dell'unità delle giurisdizioni (98). Tende a scemare anche l'enfasi sul *rapporto guridico*, a vantaggio della trattazione sull'azione e sulla giurisdizione: quest'ultima, in particolare, aveva già assunto un inedito rilievo nelle innovative esposizioni di Grispigni e Ranieri. Sempre piú negletta appare infine la macchinosa partizione tra oggetto e soggetto che il Manzini aveva a lungo adottato sulla scia delle sistemazioni pandettistiche (99).

---

(94) Vannini 1947, p. 18; già un accenno in Id. 1941, p. 7.
(95) Carnelutti 1947, II, p. 5-9.
(96) Carnelutti 1936a, p. 226; cfr. Florian 1939, p. 3, nt. 1.
(97) Bellavista 1952, p. 170-171 e nt. 81.
(98) Ranieri 1956, p. 7.
(99) Una sintesi in Ranieri 1956, p. 65-66, nt. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

10. *La* fons fontis.

L'entrata in vigore della Costituzione, l'opera giurisprudenziale della Consulta (100), la cronicizzazione del dibattito politico-giornalistico sulla giustizia, cui partecipavano numerosi studiosi nella doppia veste di 'tecnici' e di esponenti delle istituzioni, modificarono profondamente la morfologia della scienza processual-penale.

L'impegno — se si vuole attingere ancora una volta al vocabolario tecnico-giuridico — si volse, piuttosto che alla sistematica o all'esegesi, alla *critica*, che si appuntò soprattutto contro i residui inquisitori refrattari anche alla novella del '55 (101). Il nuovo clima costrinse ad insospettabili quanto inevitabili *revirement*. Spicca quello del Manzini che, in un parere per l'Università di Padova, approvò il ripristino di quelle « nullità assolute e insanabili », concernenti il rapporto processuale, che egli stesso, nel 1930, aveva affossato in qualità di estensore del codice di rito (102).

La Costituzione repubblicana rinvigorí quella dimensione pubblicistica che la scienza processual-penale italiana aveva sempre preservato (103), salva forse — ma piú sul piano delle forme esteriori che dei contenuti valoriali — la parentesi dell'infatuazione pandettistica d'inizio Novecento. Già nel manuale del 1945 Grispigni osservava che la disciplina della giurisdizione si diparte dal diritto costituzionale come da un tronco comune (104).

Le sintesi manualistiche tracciarono la nuova geografia delle fonti. Tra queste fu súbito annoverata la nuova Carta Costituzionale (105): *fons fontis*, la battezzò Bellavista, « in maniera piú eminente e decisa che non il vecchio Statuto albertino », giacché i numerosi principi processuali da essa garantiti (la presunzione d'innocenza: art. 27; il diritto soggettivo al risarcimento — dapprima mero « interesse protetto » dall'art. 571 c.p.p. — spettante *ex* art. 24 alla vittima di errore) non potevano « essere disconosciuti né nella

(100) Attiva dalla primavera del '56: cfr. un primo bilancio in CONSO 1964, p. 18-20.
(101) LEONE 1951, p. 8; BELLAVISTA 1956, p. 14.
(102) BELLAVISTA 1952, p. 171-172 e nt. 87.
(103) Cfr. ad es. FLORIAN 1939, p. XXVII.
(104) GRISPIGNI 1945, p. 50; la metafora è tratta dal *Corso* di Santi Romano del 1926.
(105) VANNINI 1952, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

interpretazione ed applicazione della legislazione pregressa, né *de lege ferenda* » (106).

Rimase confermata la tradizionale preclusione nei riguardi delle norme sub-legislative: la penalistica italiana, in effetti, non aveva mai derogato dal formale rispetto del criterio di legalià. Tuttavia la dottrina degli anni '40-'50 era costretta ancora a chiarire che non costituivano fonti le « circolari ministeriali intorno all'applicazione della legge » né quelle dei capi delle corti, di cui aveva abusato — con l'acquiescenza della magistratura — la dittatura fascista per bloccare, ad esempio, la concessione del beneficio della condanna condizionale (107). Nell'edizione del manuale del 1952 Vannini precisava che le « deplorevoli circolari » emanate ancora in anni successivi alla caduta del regime (tra l'altro, in materia annonaria) non andavano « tenute in alcun conto, specialmente in un regime democratico » (108).

Dagli anni '50 si assiste ad una progressiva penetrazione del diritto internazionale tra le fonti che rilevano per la procedura penale (109). È il segno non trascurabile d'un ampliamento d'orizzonte al di là dell'*hortus conclusus* del diritto *positivo* italiano: quell'*habitat* angusto e tranquillizzante entro il quale il metodo tecnico-giuridico dei Manzini e dei Massari s'era esercitato con rigore logico ma radi squarci di fantasia, e nel dispregio verso qualsiasi implicazione latamente 'sociopolitica' del materiale trattato.

Quella macchinosità dogmatica costò alla parte piú retriva della disciplina una paradossale dissociazione dal dibattito sulla giustizia penale, che intanto s'imponeva come priorità e poi come emergenza nell'agenda politica del Paese. Era questo il prezzo da pagare per aver voluto perpetuare nell'Italia democratica il codice di rito Rocco e la cultura che lo aveva generato.

Riferimenti bibliografici

BARSANTI P. (1898), *Della necessità di separare l'insegnamento della proce-*

(106) BELLAVISTA 1956, p. 17.

(107) VANNINI 1947, p. 15; contro Manzini, che avrebbe voluto considerare vincolanti per i p.m. le circolari dell'esecutivo, BELLAVISTA 1956, p. 16.

(108) VANNINI 1952, p. 8.

(109) BELLAVISTA 1956, p. 16; CONSO 1964, p. 21-24.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dura penale da quello del diritto penale, Torino: Bocca [estr. da *Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del 35º anno del suo insegnamento*, Torino: Bocca, 1898, III], p. 3-16.

Battaglini E. (1951), *Per la unificazione legislativa della parte generale del rito civile e penale*, in *Sc. Pos.*, LVIII, n.s. a. V, fasc. 3-4, p. 439-440.

Bellavista G. (1952), *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano: Giuffrè, p. 149-173.

Bellavista G. (1956), *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè.

Calamandrei P. (1939), *La relatività del concetto d'azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, p. 22 ss.; poi in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova: Cedam 1940; e in Id., *Studi sul processo civile. Volume Quinto*, Padova: Cedam 1947, p. 1-26.

Carnelutti F. (1925), *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, pt. I, p. 3-26.

Carnelutti F. (1936a), *Recensione* a Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto processuale*, I, Milano 1936, in *Riv. dir. proc. civ.*, XIII, pt. I, p. 226.

Carnelutti F. (1936b), *Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*, Padova: Cedam.

Carnelutti F. (1946a), *Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.*, I, p. 1 ss., poi in Id., *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi 1950, p. 1-8.

Carnelutti F. (1946b), *Lezioni sul processo penale*, I, Roma: Edizioni dell'Ateneo.

Carnelutti F. (1947), *Lezioni sul processo penale*, II, Roma: Edizioni dell'Ateneo.

Carnelutti F. (1948), *Per una teoria generale del processo*, in *Revista de derecho procesal*, I, p. 1 ss., poi in Id., *Questioni sul processo penale*, cit., p. 9-19.

Carnelutti F. (1949), *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, I, p. 165 ss.; poi in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il 45º anno del suo insegnamento*, III, Bologna: Zanichelli 1952; e in Id., *Questioni sul processo penale*, cit., p. 29-40.

Carnelutti F. (1951), *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. IV edizione emendata e aggiornata, Roma: Società Editrice Foro Italiano, I.

Carnelutti F. (1960), *Principi del processo penale*, Napoli: Morano.

Casati E. (1945), *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, I, pt. I, p. 43-56.

Cavallo V. (1951), *La riforma del codice penale e del codice di procedura penale*. Relazioni per la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina, Messina: Grafiche La Sicilia.

La Commissione per la riforma dei codici (1945), in *Cass. pen.*, I, n. 1-2, p. 93-94.

Conso G. (1964), *Procedura penale*, in Marcello Gallo-Giovanni Conso, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, II, Milano: Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

D'Agostino G. (1928), *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Nicastro: Bevilacqua.

Delogu T. (1945), *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, I, fs. 1-2 (gen.-feb.), p. 161-195.

De Marsico A. (1938), *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli: Jovene.

Diana A. (1914), *L'unità del processo e della dottrina processuale*, Siena: Stab. Arti Grafiche Lazzeri.

Florian E. (1932), *Principî di diritto processuale penale*. Seconda edizione riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale, Torino: Giappichelli.

Florian E. (1939), *Diritto processuale penale*. Terza ed. riveduta ampiamente ed aggiornata, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.

Granata L. (1945), *La riforma della legislazione penale*, in *Cass. Pen.*, I, fs. 1-2, p. 25-31.

Grispigni F. (1945?), *Diritto processuale penale. Con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945*, Volume I, Roma: Edizioni Italiane s.d.

Grispigni F. (1946), *Verso l'unificazione legislativa della procedura civile e penale? A proposito del codice unico di procedura in Svezia*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XXII, fasc. 1-2, p. 163-185.

Guarneri G. (1939), *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano: Giuffrè.

Guarneri G. (1951), *È possibile l'unificazione legislativa della procedura penale e civile?*, in *Sc. Pos.*, LVIII, n.s. a. V, fasc. 3-4, p. 460-477.

Leone G. (1945), *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, I, pt. I, p. 23-28.

Leone G. (1947), *Sulla riforma del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, fs. IX-XII, p. 442-470, ora in Id., *Scritti giuridici*, Napoli: Jovene 1987, I, p. 201-42.

Leone G. (1948), *Linee generali di una riforma nel processo penale*. Prolusione al corso ufficiale di procedura penale nell'Università di Napoli, tenuta il 16 gennaio 1948, in *Riv. it. dir. pen.*; poi in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli: Jovene 1954; ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., p. 33-62.

Leone G. (1949), *Lineamenti di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli: Jovene.

Leone G. (1951), *Lineamenti di diritto processuale penale*. Seconda edizione, Napoli: Jovene.

Leone G. (1962), *A proposito di alcuni giudizi del prof. Carnelutti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 15 ss., poi in G. Leone, *Scritti giuridici*, Napoli: Jovene 1987, II, p. 589-599.

Manzini V. (1931), *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice. Con prefazione di Alfredo Rocco ministro della Giustizia*, I, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

MANZINI V. (1942), *Un decennio di applicazione del codice di procedura penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, XI, fs. I, p. 1-7.

MASSARI E. (1906), *Il processo penale*, in *Il Filangieri*, XXXI, p. 241-269.

MILETTI M.N. (2003), *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano: Giuffrè.

MILETTI M.N. (2010), *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano: Giuffrè, p. 57-107.

PANNAIN R. (1945a), *L'Archivio Penale*, in *Arch. pen.*, I, pt. I, p. 3-10.

PANNAIN R. (1945b), *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, I, fs. 1-2 (gen.-feb.), p. 56-61.

PILOTTI M. (1945), *La giustizia e la ricostruzione nazionale. Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1945*, in *Cass. Pen.*, I, fs. 1-2, p. 9-23.

PISANI M. (1967), *L'autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. Pen.*, p. 127-38, ora in ID., *Introduzione al processo penale*, Milano: Giuffrè 1988, p. 13.

PISANI M. (1998), *Procedura penale: itinerari dell'autonomia didattica*, in *Riv. dir. proc.*, LIII (II s.), n. 4, p. 1171-1181.

RANIERI S. (1956), *Manuale di diritto processuale penale. Aggiornato con le modificazioni al codice di procedura penale del 18 giugno 1955.* Seconda edizione, Padova: Cedam.

RENDE D. (1921), *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*, in *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia e Giurisprudenza Amministrativa esposta sistematicamente*, XIII, pt. I, p. 372-402.

ROCCO Ar. (1904), *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*. Estratto da *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Prato: Tip. Giachetti, poi in ID., *Opere giuridiche. Volume Terzo. Scritti giuridici vari*, Roma: Società Editrice del *Foro Italiano*, 1933, p. 127-152.

RUBBIANI G.G. (1945), *Nuovi orientamenti della giustizia penale*. Dal discorso inaugurale dell'anno giudiziario 1945, in *Arch. pen.*, I, fs. 1-2 (gen.-feb.), p. 149-60.

SABATINI Giu. (1951), *Le preleggi processuali*, in *Sc. Pos.*, LVIII, n.s. a. V, fasc. 3-4, p. 442-459.

SABATINI Gu. (1931), *Principi di diritto processuale italiano*, Città di Castello: Tipogr. dell'Unione Arti Grafiche.

SANTORO A. (1945), *La scomparsa di un maestro. Eugenio Florian*, in *Arch. pen.*, I, p. 615-20.

TOLOMEI A.D. (1931), *I principi fondamentali del processo penale*, Padova: Cedam.

VANNINI O. (1941), *Elementi di diritto processuale penale italiano*, Milano: Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

VANNINI O. (1947), *Manuale di diritto processuale penale italiano*. Seconda edizione aumentata, Milano: Giuffrè.

VANNINI O. (1952), *Manuale di diritto processuale penale italiano. Nuova edizione riveduta e ampliata tenuto conto della nuova legge sul Riordinamento dei giudizi di Assise*, Milano: Giuffrè.

VANNINI O. (1960), *Manuale di diritto processuale penale italiano. Terza edizione aggiornata* a cura del dott. Giuseppe Cocciardi, Milano: Giuffrè.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

GIUSEPPE DI CHIARA

DIGNITÀ DELLA PERSONA, TUTELA DELLA VITTIMA E RAPPRESENTAZIONI DEL PROCESSO: AMORFISMI, *IMPRINTING* INQUISITORI, OTTATIVI RIFORMATORI

1. Vittima, rito giudiziario e rappresentazioni del processo: tra eredità del passato, istanze partecipative individuali, prospettive empiriche del "non ancora" e insondabilità del vissuto. — 2. Processi e simulacri tra orme del passato e derive del presente: *trial by media* e *popular justice*. — 3. Per un itinerario: *Processo per stupro* (1979) e promozioni socio-culturali di un nuovo "sentire" sulla vittima. — 4. Rituale giudiziario e nuove strategie di produzione dell'evento mediatico. — 5. *Trial by media*, spettacolo del dolore e consunzione della vittima. — 6. Terapie, volontà riformatrici e nuovi illusionismi: le politiche di autoregolamentazione dei sistemi di produzione mediatica. — 7. Vittima e incontenibilità del vissuto: le regioni *flou* dell'eccedenza.

1. *Vittima, rito giudiziario e rappresentazioni del processo: tra eredità del passato, istanze partecipative individuali, prospettive empiriche del "non ancora" e insondabilità del vissuto.*

La luna, si sa, possiede una faccia che, per ragioni di meccanica celeste, rimane costantemente nascosta al nostro sguardo. *The Dark Side of the Moon* è, peraltro, il titolo di un noto importantissimo album dei Pink Floyd, pubblicato nel 1973, il cui itinerario, letterario e musicale, si evolve lungo i solchi di una *vanitas vanitatum* che guarda alla ricerca della semplificazione dell'essenziale e tiene conto di ciò che può trovarsi oltre i confini: la follia, a suo modo un'eccedenza. Sarà utile, allora, assumere qui, assecondando la feconda polifonia del dibattito lungo i cui solchi stanno fecondamente dialogando storici del diritto e cultori positivi del sistema penale, un punto di osservazione diverso rispetto a quello ordinariamente propiziato dal dittico ("diritti individuali e processo penale") che scolpisce il telaio dell'incontro ferrarese: questa mappa offrirà il

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

destro per progettare un'incursione, attraverso una sonda, verso la faccia nascosta della luna.

Occorrerà, per questo, ancora chiedersi quali diritti individuali offra l'orizzonte, oltre le fisionomie dell'imputato e delle altre parti private in quanto tali; quali eredità inquisitorie proiettino le loro ombre, oltre le vischiosità dell'*ancien régime* più tecnicamente processuale; e, infine, quali volontà riformatrici entrino nel metabolismo del "non ancora", oltre quelle miranti a interventi normativi che realizzino un riallineamento del sistema ai rinnovati paradigmi costituzionali sul versante della partecipazione, anzitutto, dell'imputato.

Preziose sono, in ciò, ancora una volta le suggestioni che nascono dallo splendido affresco introduttivo di Renzo Orlandi: ci sono ruoli individuali che rimangono nascosti, storicamente, per effetto della *magnitudo* delle stelle di prima grandezza nel firmamento degli equilibri del processo; accade, ad esempio, per la fisionomia della vittima, le cui istanze partecipative emergono solo in progresso di tempo nel fluire delle riforme e del dibattito. È, dunque, la vittima la faccia nascosta della luna: la vittima, con le sue eccedenze, le sue incontenibilità formali del vissuto umano (1), le sue incommensurabilità del dolore (e sovvengono i cieli plumbei e gli abissi interiori che tracimano dalle pagine senza tempo dei *Ricordi della corte di assise* di André Gide); la vittima, oggi così tutelata, *on the book*, tra Carte e *paper rules*; così *à la page*, eppure ancora così sconosciuta, così negletta, così violata; così avvertita dalla coscienza sociale, così illuminata dalle luci della ribalta, come persona-ruolo, eppure così indifesa, così sola, come persona viva.

Sarà utile, allora, in un contesto dialogico come questo, rimeditare, navigando una microstoria, sugli incroci tra taluni "diritti individuali" della vittima in quanto persona umana e talune "eredità inquisitorie" che si estendono su piani allargati, "oltre cortina": appariranno al nostro sguardo l'inclusività bulimica del *trial by media*, il cui *imprinting* è fortemente intriso di amorfismo inquisitorio e di spettacolo (pur, quest'ultimo, componente antropologica fondamentale del processo penale), e le "volontà riformatrici" nel-

(1) La formula è di Ford 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

l'ottica dell'introduzione di possibili limiti, tra *moral suasion* e codici di autoregolamentazione, al giganteggiare indiscriminato di epifenomeni dilaganti; residuerà, indomabile, l'eccedenza, l'incontenibilità formale del vissuto umano, la percezione che l'imbuto del processo fa filtrare ben poco del magma incandescente che scaturisce dalle ferite della roccia, la consapevolezza che tanto materiale lavico, informe, che attinge agli abissi profondi della dignità umana, nel suo rimanere fuori dal processo, *non est in actis* eppure *est in mundo*, sicché sarebbe artificiale fingere, come nell'antico brocardo, che non esista.

2. *Processi e simulacri tra orme del passato e derive del presente:* trial by media *e* popular justice.

Nel tardo autunno del 2007 il *Times* pubblicava, in prima pagina, un severo editoriale sul *trial by media* (2), muovendo da due casi infuocati, dai segni algebrici opposti, imposti dall'agone mediatico nel più recente periodo: l'assassinio di una studentessa a Perugia e la scomparsa di una bambina in Portogallo. L'una e l'altra vicenda, chiosa l'editorialista del *Times*, mostrano risvolti opposti: antitetici, ma mancanti entrambi dei « two prerequisites of a just legal process », e cioè « an unbiased police inquiry and the presentation of unteined evidence in court ». Il caso italiano si mostra, in particolare, intessuto di rivelazioni continue da parte degli imputati, di versioni che mutano a ogni piè sospinto, di rivelazioni di dettagli « written (or translated) in the language of the penny-dreadful ». L'Italia ne esce ruvidamente stigmatizzata: « this is justice italian style, no holds barred, full disclosure, fact and speculation freely intermingled; the word "alleged" has been notable for its absence ».

Sono denominatori comuni, che provengono dal passato (la spettacolarizzazione operata dai cantastorie, il sensazionalismo della cronaca nera dei giornali dell'Ottocento (3)) ma palesano un *trend* di incrementi esponenziali, di pari passo con il perfezionarsi delle fabbriche manipolative di coagulo dell'attenzione pubblica sui *me-*

(2) Linklater 2007, p. 1.

(3) Cfr., per questi rilievi, in termini nitidi, Bruti Liberati 2010, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dia: è il solco, si è scritto, della giustizia pop (4) e dei casi mediatici costruiti nei laboratori-cattedrali ove si pilotano le allocazioni degli indici di *share*. Basterà, qui, por mente a qualche dato paradigmatico: si è rilevato che il caso di Perugia ha registrato, nel periodo che va dal 1° novembre 2007 al 31 dicembre 2009, 858 servizi nei telegiornali *prime time* di Rai e Mediaset, mentre i fatti di Garlasco sono stati oggetto, nel periodo compreso tra il 13 agosto 2007 e il 31 dicembre 2009, di 749 servizi nell'ambito dei medesimi notiziari (5): un'esposizione mediatica imponente, che sembra andare ben oltre il mero impegno di cronaca.

La riflessione che si vorrebbe, tuttavia, qui mettere a fuoco riguarda non solo il bombardamento quantitativo di notizie impaginate "in alto", nel quadro di un *agenda setting*, nei notiziari televisivi, ma soprattutto l'informazione "di approfondimento" (o, *recte*, "di intrattenimento") sui casi di *popular justice*: un gigantesco *reality show* che mette in scena (è il caso di dirlo) una giustizia "parallela", fomentata (e fomentante) curiosità morbose, che "gira" su caratteri radicalmente antitetici a quelli tipici della giustizia che si amministra nelle aule giudiziarie.

Non è questa la sede per disegnare sistematiche "storie" del processo "parallelo" (6). Alcuni spunti, qui elevati a parametri grezzi, vanno, d'altronde, illuminati per l'avvio di una riflessione: nell'ottica dell'intersezione che qui si intende attenzionare (tutela della vittima in quanto persona e processo parallelo: eredità inquisitorie, volontà riformatrici), il percorso che da *Processo per stupro* del 1979 (7) attraversa i casi mediatici di più recente conio (si sta utilizzando questo termine con precisa circospezione: Cogne, Perugia, Garlasco, Avetrana sono tra le più emblematiche creazioni di questa "fabbrica") consente di isolare finalità, metodiche, sensibilità diverse, in un percorso non privo di curve a gomito e di effetti da forsennato *climax* ascendente.

---

(4) Diamanti-Nizzoli 2010, p. 6 ss.

(5) I dati sono riferiti da Diamanti-Nizzoli 2010, p. 7.

(6) Per considerazioni di alto profilo, pur se di impostazione assai diversa, cfr., per tutti, Giostra 1989, spec. p. 259 ss., nonché Garapon 2007, p. 219 ss.

(7) *Infra*, § 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

3. *Per un itinerario:* Processo per stupro *(1979) e promozioni socio-culturali di un nuovo "sentire" sulla vittima.*

L'esperienza di *Processo per stupro*, produzione televisiva del 1979, segna l'*incipit* virtuoso di questo itinerario, destinato a incamminarsi, di seguito, per sentieri assai meno rassicuranti. I fatti risalgono al 1977 e si svolgono a Nettuno, operosa periferia laziale nei pressi di Latina: Fiorella ha 18 anni, ha seguito un conoscente che le ha promesso un lavoro stabile in una ditta di nuova costruzione; nella villetta fuori paese le dovrebbero essere presentati i soci; il processo si svolge nel 1978 avanti al Tribunale di Latina. Il nocciolo dell'idea progettuale della produzione televisiva era riprendere l'aula, con mezzi "leggeri", a basso impatto d'ambiente, restituendone ritmi, narrazioni, tensioni; il progetto venne realizzato collegando esperienze d'aula e frammenti registrati fuori aula, montando i frammenti in un contenitore unico, privo di commenti fuori campo, e imprimendo alla sequenza ritmi narrativi cui il pubblico del *prime time* non era abituato; il programma, annunciato da un poco più che artigianale "promo", andò in onda in seconda serata. Lo sfondo normativo della manovra era il telaio del codice di procedura penale del 1930: vi spiccava la totale assenza di norme in tema di pubblicità mediata "tecnologica"; residuava solo la copertura offerta dalle norme deontologiche proprie delle diverse figure professionali coinvolte. L'effetto fu deflagrante: Giulia Borghese, il giorno dopo, pubblica sul *Corriere della sera* un'editoriale, in prima pagina, che titola *Gli italiani hanno capito che cos'è uno stupro* (8); Aldo Grasso, meditandovi a distanza, rimarcherà che le immagini di *Processo per stupro* « abbattono tabù giuridici, visivi e di costume giornalistico » (9). L'esperienza del processo di Latina porge i segni di una tutela della vittima singola che si fa strumento nel segno della tutela generale delle vittime: Tina Lagostena Bassi, difensore di parte civile, dirà che il nome della sua assistita è « Fiorella Tutte-le-donne ». Le parole e le immagini in presa diretta, filmate in bianco e nero, mostrano — si è scritto — « l'orrore e lo squallore del processo e contemporaneamente i modi di pensare, i

(8) Borghese 1979, p. 1.
(9) Grasso 2000, p. 329.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

comportamenti, gli stereotipi del potere maschile » (10). *Processo per stupro* è, così, un « atroce documento », in cui protagonista « non è solo la ragazza che ha subito la violenza ma anche uno spaccato della società, giudici, avvocati, madri, amici e sorelle degli imputati e le donne che conducono per tutti la lotta per la liberazione dai pregiudizi e dalle sopraffazioni »; in tal senso può dirsi che vada in scena, e si metta in discussione, contemporaneamente « un paese che vuole rimanere ancorato ai privilegi più arcaici e degradanti e un paese che ha il coraggio di cambiare e sa quanto è alto il prezzo della trasformazione sociale » (11). Il perno della vicenda, nei rapporti tra processo, *media* e società, si radica, dunque, nella tutela della dignità della vittima, centrale nell'intera operazione culturale, intrisa di impegno civile: Fiorella partecipa all'opera di montaggio in studio; piange; dà convintamente il consenso alla messa in onda del documento.

Da allora è stata fatta tanta strada, che mostra, a proposito delle « magnifiche sorti e progressive », come non tutto ciò che viene dopo sia progresso.

4. *Rituale giudiziario e nuove strategie di produzione dell'evento mediatico.*

Nello studiare i rapporti tra delitto, processo giudiziario e processo "parallelo" è stata proposta (12) una ripartizione del fenomeno del riverbero, nell'agone sociale, del fatto in quattro distinte fasi reattive: v'è, anzitutto, una fase « calda », a ridosso del fatto-reato, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado; segue una fase « tiepida », che muove dal deposito della motivazione della sentenza di primo grado, per cedere il passo a una fase « di raffreddamento », pendente il giudizio di appello e di cassazione, e infine a una fase « fredda », a dinamiche processuali ormai concluse; questa quarta fase è il terreno elettivo per il cinema, la letteratura e la *fiction*. La prima fase fa insorgere, variegati, i rischi più cospicui:

(10) Cardini 2007, p. 18.
(11) Cardini 2007, p. 18.
(12) Lanza 2007, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

su essa insistono i meccanismi distorti di incubazione e produzione dell'evento mediatico.

I rapporti tra i congegni di produzione dell'evento mediatico e la fisionomia della vittima in quanto persona mostrano un fatale sbilanciamento verso il primo termine del dittico, fagocitante punto di coagulo di interessi forti: ne consegue l'eclissi della vittima per consunzione, ovvero, in altri termini, la precoce elaborazione sociale del lutto per la vittima (e, anzi, la consumazione quasi antropofagica della vittima) a vantaggio delle luci della ribalta mediatica per i protagonisti del futuro *trial show*. Ecco quanto, in proposito, con riguardo a fenomenologie dell'ultimo scorcio, è stato efficacemente notato (13):

> Intorno ai due delitti di Novi Ligure e Cogne è stato organizzato un *media event* giornalistico che ha i caratteri della cerimonia ma anche dello spettacolo e della festa. (…) Proprio come la cerimonia, lo spettacolo ha carattere straordinario, interrompe la *routine*. La notizia di "nera" viene collocata nelle pagine dove il giornale detta l'agenda del giorno, i temi caldi di cui si parla: (…) la metà dei pezzi pubblicati su Cogne e i tre quarti dei pezzi su Novi Ligure si trovano nelle prime tre pagine dei quotidiani. In questo modo la notizia viene decontestualizzata dalla situazione locale e limitata in cui è avvenuta e ricontestualizzata, andando a definire il "centro" focale della società, il punto di massima tensione che concentra su di sé l'attenzione e la discussione dei lettori. Questo spostamento nello spazio percettivo è particolarmente potente quando è effettuato dai grandi quotidiani a tiratura nazionale o multiregionale.

E — occorre qui aggiungere, sulle orme di quanto è stato notato — si tratta di spostamento percettivo che diviene ancor più potente e capillare quando viene determinato da un *medium* "popolare" e pervasivo come la televisione (14). Ecco quanto, in proposito, si è acutamente notato (15):

> I mondi finzionali della letteratura, del cinema e del teatro (…) mantengono rispetto alla vita quotidiana una separatezza tangibile, marcata da una precisa segnaletica di entrata e di uscita — il levarsi e il calare del sipario, lo spegnersi e il riaccendersi delle luci in sala, aprire e poi

(13) Corradi 2005, p. 271 ss.
(14) Bellucci 2007, p. 103.
(15) Buonanno 2004, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

richiudere un libro — e, nel caso della fruizione cinematografica e teatrale, anche da una specifica locazione. La televisione, invece, è collocata nella nostra casa e i mondi immaginari che ci dischiude fluiscono direttamente entro — e si mescolano con — il flusso della vita quotidiana, così da attenuare la separatezza tra i due ordini di realtà.

La vittima non esiste, si estingue — appunto — per consunzione. Laddove ne residua un'eco assottigliata, essa *serve* (nel senso più biecamente proprio del termine) per amplificare l'efferatezza del delitto e la ripugnanza del suo autore; la « pornografia del dolore » (16) si nutre, come nelle leggende nere dei castelli di Transilvania, della vittima: più che del suo sangue, della sua stessa anima.

Lo ha scritto molto bene Valeria Viganò (17), toccando corde profonde, nel bel mezzo di uno dei cicloni recenti, fatto di plastici, di dibattiti nei salotti giudiziari televisivi, di orchestrazioni, di delocalizzazioni, di grotteschi simulacri di processi senza contraddittorio, di pianificazioni nel segno di una difesa che gioca la propria partita fuori dall'aula e orchestrando "su misura" nuove presunte regole del gioco:

> Chi è morto è un bambino vissuto solo tre anni. È reale e noi non siamo dei ragazzini che mimano la distruzione della Terra ma adulti consapevoli che non possono, non hanno diritto di giocare con la verità, la morte vera di un essere inerme. Ciò che è accaduto in talune trasmissioni, ripetute con sadismo, è stato un altro assassinio, quello della dignità umana.

5. Trial by media*, spettacolo del dolore e consunzione della vittima.*

I recenti ben noti fatti di cronaca costituiscono non solo l'ennesimo banco di prova di questi epifenomeni sociali ma la loro fomentata esasperazione, giunta a forme di orrore forse senza precedenti. La vittima, nella vicenda pugliese dell'estate 2010, è stata dapprima, e in epoca di massima soglia di attenzione per la tutela della *privacy*, sottoposta a un rituale di degradazione e spoliazione (pubblicazione di pagine di diario personale e di sms spediti e ricevuti), un osceno trafugamento dell'intimità; poi è scomparsa dalla ribalta, ingurgitata dalle "esigenze" di uno *show business* che si nutre di spet-

(16) Così, in termini di particolare efficacia, De Cataldo 2010, p. 67.
(17) Viganò 2001, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tacolarizzazione del dolore; a questo punto la vittima "serve" nella misura in cui ispessisce l'orrore, ma rimane come un'ombra consunta, sullo sfondo; lo spettacolo del dolore accende il suo quadro-luci su altri oggetti (che sono oggetti umani), più atti allo scopo.

Sulla voluttà del voyeurismo sull'orrore, ancor più vile perché fomentato e scientificamente pianificato per ragioni di bassa lega, Francesco Merlo (18), proprio a proposito di uno degli epigoni della più recente meteora oscura (la rivelazione in diretta TV dell'epilogo tragico, alle origini della bieca farsa successiva), ha scritto righe di grande intensità:

> Spudorata, scandalosa, maledetta televisione! Odio, come mai mi era capitato, quel malefico schermo che mi ha fatto dimenticare la bimba morta attizzando la mia morbosità sul dolore della madre. La faccia sgomenta davanti alla morte ha infatti seppellito la morte. Non c'era più una ragazzina ammazzata dallo zio, strangolata e violentata, ma c'era solo quel volto. E tutti eravamo lì a cercarne gli spasmi, a violarne lo smarrimento, a misurare l'incommensurabilità del dolore infinito. (…) No, la Tv ha reso astratto quel dolore, ne ha ingigantito i dettagli ma ne ha annullato la concretezza.

Su questa lunghezza d'onda, si comprende come sia stato scritto della « nostra disperata incapacità, in quanto società mediatica, di fare silenzio, di sospendere la chiacchiera, di prosciugare l'emozione in favore di una decente, rispettosa assenza di risposte a domande troppo difficili » (19); e come, al termine (e, anzi, nel bel mezzo) del processo mediatico, la sentenza giudiziaria, quando vi si arrivi, appaia ai non chierici « quasi un codicillo (ahimé, necessariamente stringato e severo) del processo mediatico » (20).

6. *Terapie, volontà riformatrici e nuovi illusionismi: le politiche di autoregolamentazione dei sistemi di produzione mediatica.*

Questo l'inconscio inquisitorio (21) su cui si sono collocate le degenerazioni del *trial by media*. Esistono terapie? Ci sono volontà riformatrici?

---

(18) Merlo 2010, p. 1.
(19) Serra 2004, p. 1.
(20) Serra 2004, p. 1.
(21) Per riprendere, qui, il titolo di una fortunata silloge recente: Garlati 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

L'avvio della risposta passa per un documento di recente varo e di grande importanza, che pur si conosce poco e ancor meno risulta concretamente applicato: è il *Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive*, sottoscritto il 21 maggio 2009 dagli operatori del settore (Rai, Mediaset, Federazione testate televisive, Ordine nazionale dei giornalisti, Federazione nazionale della stampa) sotto gli auspici dell'Autorità garante delle comunicazioni (AGCOM) (22). Il *Codice* fa seguito all'Atto di indirizzo della stessa AGCOM, deliberato il 31 gennaio 2008 (23), in materia di corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive, e ne costituisce introiezione nella logica dell'autoregolamentazione "dal basso", secondo quanto prevedeva l'art. 2 (*Codice di autoregolamentazione*) del medesimo atto di indirizzo.

Il documento del 2008 conteneva, in verità, indicazioni di estrema chiarezza sulla possibile perversione dei rapporti tra processo giudiziario e *media*:

> Si crea così un "foro mediatico" alternativo alla sede naturale del processo, dove non si svolge semplicemente un dibattito equilibrato tra le opposte tesi, ma si assiste a una sorta di rappresentazione paraprocessuale, che giunge a volte persino all'esame analitico e ricapitolativo del materiale probatorio, così da pervenire, con l'immediatezza propria della comunicazione televisiva, ad una sorta di convincimento pubblico, in apparenza degno di fede, sulla fondatezza o meno di una certa ipotesi accusatoria. Tanto più accreditato risulta tale convincimento quanto più, nella percezione di massa, la comunicazione televisiva svolge una sorta di funzione di validazione della realtà. In tal modo la televisione rischia seriamente di sovrapporsi alla funzione della giustizia: e può accadere che effetti "coloriti" o "teoremi giudiziari alternativi" o rappresentazioni suggestive (a volte persino con l'utilizzazione di figuranti) prevalgano sull'obiettiva e comprovata informazione, con il concreto rischio di precostituire presso l'opinione pubblica un preciso giudizio sul caso concreto, basato su una "verità virtuale" che può influire, se non prevalere, sulla "verità processuale", destinata per sua natura ad emergere solo da una laboriosa verifica che richiede tempi più lunghi, portando addirittura, in casi deteriori, a un giustizialismo emotivo e sbrigativo, talora non alieno da tratti morbosi.

---

(22) Il testo del *Codice* è leggibile, in rete, all'indirizzo *www.agcom.it*.

(23) L'*Atto di indirizzo* è stato pubblicato in *Gazz. uff.*, s.g., 15 febbraio 2008, n. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

(…) Non si può supplire ai tempi troppo lunghi della giustizia trasferendo il giudizio dalle aule giudiziarie alla televisione, in violazione del canone della centralità del processo, quello vero, quale unica sede deputata dall'ordinamento alla ricerca e all'accertamento della "verità".

(…) Né è da escludere o da sottovalutare il pericolo che una siffatta rappresentazione "mediatica" del processo — ispirata più dall'amore per l'*audience* che dall'amore per la verità in programmi delle principali emittenti televisive che occupano con grande ascolto la prima e la seconda serata — possa influenzare indebitamente il regolare e sereno esercizio della funzione di giustizia. Esiste, in particolare, il pericolo dell'identificazione dell'organo giurisdizionale con la "platea dei telespettatori" che rischia di mettere a repentaglio l'indipendenza psicologica del giudicate (anch'essa valore costituzionalmente rilevante), facendo risentire la pressione di un processo di piazza dei nostri tempi sul processo nella sede giudiziaria.

Il *Codice*, premesso che il principio costituzionale secondo cui la giustizia è amministrata in nome del popolo « esige » che la collettività sia informata nel modo più ampio possibile dei fatti attinenti a vicende giudiziarie nonché dell'andamento delle stesse, considera che l'attività informativa in forma di cronaca e di critica giudiziaria sui fatti oggetto di accertamento giurisdizionale « si svolge inevitabilmente in stretto parallelismo con questo », e che tale « andamento parallelo » determina in sé « le condizioni di un circuito virtuoso », potendo anche dare impulso a iniziative processuali; rileva, tuttavia, che « l'essenziale funzione di informazione accompagna ma non sostituisce la funzione giurisdizionale, rispettando l'esigenza di evitare la celebrazione in sede impropria, in forma libera e a fini anticipatori dei processi in corso ».

Il *clou* del *Codice* sta nel suo art. 2: le parti contraenti, « nelle trasmissioni radiotelevisive che abbiano ad oggetto la rappresentazione di vicende giudiziarie, si impegnano a curare che risultino chiare le differenze tra documentazione e rappresentazione, tra cronaca e commento, tra indagato, imputato e condannato, tra PM e giudice, tra accusa e difesa, tra carattere definitivo e non definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi; diffondere un'informazione che tenga conto della presunzione di non colpevolezza dell'indagato/imputato e che soddisfi l'interesse pubblico alla conoscenza immediata di fatti di grande rilievo sociale quali la perpetrazione di gravi reati; adottare modalità espressive e tecniche comunicative che

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

consentano al telespettatore un'adeguata comprensione della vicenda, « tenendo ponderatamente conto dell'effetto divulgativo ed espressivo del mezzo televisivo che, pur ampliando la dialettica tra i soggetti processuali, può indurre il rischio di alterare la percezione dei fatti »; rispettare « complessivamente » il « principio del contraddittorio delle tesi », assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono — comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo — e rispettando « il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti »; controllare, nell'esercizio del diritto di cronaca, la verità dei fatti narrati, e osservare e palesare la presunzione di non colpevolezza degli indagati e imputati; non rivelare dati sensibili o che ledano la riservatezza, la dignità e il decoro altrui, e « in special modo della vittima o di altri soggetti non indagati, la cui diffusione sia inidonea a soddisfare alcuno specifico interesse ».

Il *Codice* è entrato in vigore a seguito della costituzione del Comitato per l'attuazione del *Codice* stesso: al Comitato spetta l'accertamento delle violazioni previste; per i giornalisti eventualmente coinvolti, invece, la competenza resta riservata all'Ordine dei Giornalisti.

Il *Codice* costituisce uno strumento di grande profilo per la realizzazione di un clima di reale rispetto delle reciproche sfere di autonomia dell'accertamento giudiziario e dell'informazione. Il *Codice* rimane, tuttavia, ancora "quello sconosciuto": le casistiche recenti, con le loro perniciose invasività, mostrano come esso sia rimasto in larga misura *law in the book*, condiviso solo *pro forma* ma nella sostanza ignorato (si pensi, nel quadro di uno degli *hot cases* più perlustrati, alla diffusione del *file* audio di uno degli interrogatori resi dall'indagato chiave, col suo meticoloso carico di orrori: trasmissioni televisive di intrattenimento lo hanno messo in onda; alcune testate hanno deciso di cestinarlo, respingendo in radice il ruolo di farsi « megafoni dell'orrore » (24)). Ancor più di recente, proprio con riferimento al caso di Avetrana, si è per vero registrato

(24) CALABRESI 2010, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

un primo operare del *Codice* (25), che ne ha mostrato le molte ombre, al fianco delle pur innegabili luci; questi primi passi, tuttavia, sono rimasti silenti, pervicacemente nascosti tra le pieghe della cronaca, quasi vittime di una sorta di (non incomprensibile ma sconcertante) embargo da parte dei *media*.

La deontologia come « supplemento d'anima » (26), e il rispetto della persona, rimangono, dunque, alla fine, pur con i loro limiti, gli unici presidi adeguati a scongiurare il baratro viscido della notte hegeliana, in cui « tutte le vacche sono nere ».

7. *Vittima e incontenibilità del vissuto: le regioni* flou *dell'eccedenza.*

Rimane la prospettiva dell'eccedenza, incommensurabile rispetto alla dimensione giuridico-processuale: questi scenari sono lì a ribadirci che c'è uno scarto tra la capacità di contenimento del processo giudiziario e l'incontenibilità dell'esperienza del dolore, che così spesso intride la materia destinata a entrare nel cono metabolico del fenomeno processuale. In fondo, aveva ragione Piero Calamandrei quando affermava che il processo è una rete, alle cui maglie preme e dalle cui maglie a volte trabocca la realtà sociale (27).

È in questo solco, in fondo, che si colloca il « compito paradossale di presentare l'irrappresentabile » (28): che non spetta affatto alla spettacolarizzazione dei *media* nella fase « calda », ma che è tipica della funzione "guidante" dell'estetica, i cui collegamenti con l'etica sono stati ben nettamente posti in luce già a partire dalla kantiana *Critica del giudizio*.

Converrà qui mostrare, per chiudere, un esempio limpido di "presentazione dell'irrappresentabile": una breccia esemplare per la sua capacità di mostrare la via di una immane, indicibile eccedenza, attivando, per evocazioni, circuiti riflessivi individuali che muovano

---

(25) V., in tal senso, i due comunicati stampa del Comitato per l'applicazione del *Codice* del 2 e del 10 dicembre 2010, nonché il testo della Raccomandazione del 9 dicembre 2010, tutti in *www.agcom.it*.

(26) Pisani 1989, p. 192.

(27) Calamandrei 1965, p. 634.

(28) Montani 2009, p. 485.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

dal processo giudiziario evitando le urla scomposte e i colori agitati delle esperienze massmediologiche più recenti. Una breccia, infine, che ridona dignità alla vittima.

Traiamo questo paradigma dalla vicenda dell'assassinio, a Palermo, nel settembre 1993, di Padre Giuseppe Puglisi, parroco del quartiere di Brancaccio. La narrazione della cronaca della spedizione di morte è effettuata, in giudizio, da uno dei componenti del gruppo di fuoco: il verbale dell'udienza dibattimentale del 19 giugno 1997, svoltasi avanti alla Corte di assise di Palermo nell'ambito del processo per l'omicidio di Padre Giuseppe Puglisi, riporta le dichiarazioni spontanee rese da Salvatore Grigoli, accusato (e reo confesso) di aver fatto parte del gruppo di fuoco che, il 15 settembre 1993, era stato incaricato di eseguire la missione di morte contro il parroco di Brancaccio.

Grigoli ricostruisce con dovizia di dettagli i movimenti del gruppo operativo, ed è ricco di dettagli circa il *clou* della narrazione.

> Scese Spatuzza dalla macchina di Cosimo Lo Nigro, una Renault 5 verde metallizzata, perché Spatuzza era con Lo Nigro e io con Giacalone. Il primo ad arrivare fu lo Spatuzza, ricordo che il padre si stava accingendo ad aprire il portone di casa. Lo Spatuzza lo affiancò, il padre aveva un borsello, gli mise la mano nel borsello e gli disse: "Padre, questa è una rapina". Il padre neanche si era accorto di me… e il padre, fu una cosa questa qui che non posso dimenticare, perché ogni volta che penso a questo episodio mi viene in mente questa visione del padre che sorrise, non capii se fu un sorriso ironico o che altro… sorrise e gli disse allo Spatuzza: "Me l'aspettavo". Allorché io gli sparai un colpo alla nuca e il padre morì sul colpo senza neanche accorgersene di essere stato ucciso.

Il sorriso di Padre Puglisi, di cui Grigoli parlerà in ogni sua deposizione concernente l'omicidio, tornerà altre volte nel corso del processo, e avrà un ruolo nella requisitoria del pubblico ministero in sede di discussione finale.

> Io non dimenticherò mai il sorriso sereno di don Pino Puglisi mentre il medico legale mi indicava il foro d'entrata della pallottola che lo uccise. Era il sorriso di colui il quale aveva scelto e abbracciato la sua fede e con rassegnazione aveva accettato il suo destino con l'estremo sacrificio.

Non di rado i solchi, pur solennemente pretracciati, del processo si sono rivelati felicemente inidonei a fare da paratie stagne al

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

prorompere della vita, specie liddove questa sia scivolata verso l'abisso (si pensi, per non fare che alcuni tra i tanti esempi, a quanto, della vita, è tracimato nelle pronunce sulla strage di Novi Ligure o sull'omicidio del piccolo Giuseppe Di Matteo). Il processo giudiziario ha, qui, svolto il suo ruolo: ha preso le mosse da un'accusa, l'ha vagliata nel contraddittorio delle parti, ha ricostruito i fatti, accertato le responsabilità, commisurato e applicato la pena, motivato le ragioni della decisione. Ma, oltre i confini del processo giudiziario, la frontiera del comprendere si è dispiegata, intersecandosi con l'accertamento del giudice, entrando in dialogo con la sentenza e con le fonti giudiziarie, valutando, con i suoi metodi, fatti e cause, lasciando spazio alla coscienza collettiva e ai vissuti individuali. "Non tutto è processo" è conclusione che appare scontata, e che, invece, merita di essere rimeditata: l'indispensabilità, giuridica e storica, dell'accertamento giudiziario si fa, così, tassello di un mosaico più vasto, in cui quelle prime tessere, interagendo con percorsi altri, sono in grado di restituire, alla fine, una più ampia e ricca immagine.

Così, quel sorriso di Padre Puglisi che ha fatto ingresso, negli atti processuali e nel metabolismo decisorio, attraverso il racconto dell'assassino reso in giudizio ha assunto significati ben più vasti del suo ruolo, sul piano tecnico, ai fini della pronuncia della sentenza. Mario Luzi, dieci anni dopo l'omicidio del parroco di Brancaccio, in *Il fiore del dolore* (29) ne ha saputo filtrare i colori con delicata e insieme prorompente sapienza evocatrice.

Ancora nel carcere

SICARIO
Gli altri non ci sono più, dove sono andati?
Sono solo in questa cella. Hanno preparato per chi deve arrivare.
Il giudice, eccolo, è qui, da secoli lo aspetto.
Sa tutto lui, viene pieno di me, pieno del mio nulla.
Mi prenderà, mi strapperà da me,
dalle mie viscere, ma senza farmi sanguinare
perché sono dissanguato e non provo dolore —
si, prenderà questo ciarpame.
Pulizia, farà pulito di questa schifosa sgoratura di uomo,

(29) LUZI 2003, p. 58 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

perché tale sono stato.
Chissà, pianterà un fiore al suo posto: il fiore del dolore.
E odorerò quel fiore,
allora ci sarà dolore anche per me.
Rinascerò in quel dolore.
Ho tanto bisogno di quel dolore.
Me lo porti, non me lo faccia mancare.
È il sorso ed il boccone, non ne ho diritto, ne ho solo bisogno.
E il profumo di quel fiore,
non c'è neppure nei nostri giardini siciliani un aroma come quello.
L'aroma del fiore del dolore è troppo acuto
e fa struggere, stordisce.
Ma io devo dolere, essere io il dolore dolente,
non inebriarmi del profumo di quel fiore.

VOCE
Hai finito, balordo, in questa cella, di lagnarti che hai ammazzato il prete!

ALTRA VOCE
E dice di aspettare il giudice, quella carogna.

SICARIO
Eccolo, è qui, è venuto,
da dove siete entrato? Non vi ho veduto entrare
eppure siete qui. Siete voi, padre Giuseppe, voi col vostro ultimo sorriso.

Riferimenti bibliografici

BELLUCCI P. (2007), Media *e giustizia*, in *Quaderni del Dipartimento di Linguistica dell'Università di Firenze*, 17, p. 87-134.

BORGESE G. (1979), *Commossi e scandalizzati ieri sera al processo in tv. Gli italiani hanno capito cos'è uno stupro*, in *Corriere della sera*, 27 aprile, p. 1.

BRUTI LIBERATI E. (2010), *La rappresentazione mass-mediatica della giustizia*, in *www.csm.it.*

BUONANNO M. (2004), *Come se. Realtà multiple e mondi possibili dell'immaginazione narrativa*, in *Realtà multiple. Concetti, genere e* audience *della* fiction *TV*, a cura della medesima, Napoli: Liguori.

CALABRESI M. (2010), *Il rispetto del lenzuolo bianco*, in *La Stampa*, 25 ottobre, p. 1.

CALAMANDREI P. (1965), *Processo e democrazia* (1954), ora in ID., *Opere giuridiche*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli: Morano.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

CORRADI C. (2005), *Il nemico intimo. Una lettura sociologica dei casi di Novi Ligure e Cogne*, Roma: Meltemi.
DE CATALDO G. (2010), *Informazione e giustizia*, in *Giustizia. La parola ai magistrati* a cura di L. Pepino, Bari: Laterza.
DIAMANTI I.-NIZZOLI A. (2010), *La rappresentazione della giustizia e dei magistrati nell'opinione pubblica e sui* media, in *www.csm.it.*
FORD D. (2003), *Dare forma alla vita*, Magnano: Qiqajon.
GARAPON A. (2007), *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, ed. it. a cura di D. Bifulco, Milano: Cortina.
GARLATI L. (2010), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano: Giuffrè.
GIDE A. (1994), *Ricordi della corte di assise (1914)*, trad. it., Palermo: Sellerio.
GIOSTRA G. (1989), *Processo penale e informazione*, Milano: Giuffrè.
GRASSO A. (2000), *Storia della televisione italiana*, Milano: Garzanti.
La memoria ha un futuro. Processo per stupro *trent'anni dopo* (2007), a cura di F. Cordini, Roma: Comune di Roma, Assessorato alle Politiche per le pari opportunità.
LANZA L. (2007), *La comunicazione con i* mass media. *I magistrati, la pressione dei* mass media*, il processo fuori dal processo*, in *www.csm.it*.
LINKLATER M. (2007), *Meredith or Madelaine: it's Trial by Media. The Problems of Finding Justice*, in *Times*, november 14, p. 1.
LUZI M. (2003), *Il fiore del dolore*, Firenze: Meridiana.
MERLO F. (2010), *La moviola del dolore*, in *La Repubblica*, 8 ottobre, p. 1.
MONTANI P. (2009), *La funzione testimoniale dell'immagine*, in *XXI secolo. Comunicare e rappresentare*, a cura di T. Gregory, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
PISANI M. (1989), *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 181-192.
SERRA M. (2004), *Il lungo processo sugli schermi Tv*, in *La Repubblica*, 20 luglio, p. 1.
Un processo per stupro. Dal programma della Rete 2 della televisione italiana (1982), Torino: Einaudi.
VIGANÒ V. (2002), *Il processo svuotato dalla Tv*, in *L'Unità*, 31 marzo, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

FRANCESCO PALAZZO

CONCLUSIONI

Né storico né processualista, ravviso il titolo di legittimazione della mia presenza qui nella mia qualità di componente del Comitato direttivo del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, ove mi trovo ad essere il cultore della disciplina più vicina alla consorella processualistica. Ma credo che, oltre questa legittimazione per dir così "formale", io mi trovi qui anche ed in buona misura per l'amicizia di cui mi onorano i colleghi ferraresi e gli organizzatori di questo convegno dalla formula così felice e feconda, come hanno già mostrato i lavori che volgono ormai a conclusione.

Né processualista né storico, avrei inteso il mio còmpito poco più di quello di cronometrista dei tempi di svolgimento delle relazioni di questa mattina, se l'amicizia appunto di chi ha curato questa iniziativa non mi avesse sollecitato a pronunciare qualche parola di semplice chiosa al tema dell'incontro, dettata — questo sì — dal prevalente intento di esprimere così tutta la mia gratitudine per l'invito e il mio compiacimento per aver potuto esser partecipe dei lavori di tanto elevato seminario.

Il titolo del seminario, "diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana", ha preso accenti più immediatamente espressivi e criticamente connotati nella forte metafora del *virus inquisitorio* che non pochi rintracciano nel nostro processo penale, nonostante la sua origine si collochi in avanzata epoca repubblicana ed in un clima già intensamente segnato dall'impero — almeno apparente — dei "diritti". E sembra quasi di cogliere una sorta di sconcerto in chi, di fronte a questa anomalia se non proprio contraddizione, finisce per attribuire la persistenza di quel virus ad una certa inestirpabile "mentalità" della magistratura italiana, quasi ripiegando così su un'ipotesi esplicativa che, mentre sembra un po'

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rinunciataria sul piano storico, pare far leva su qualche nota di più o meno consapevole malignità.

Muovendo da questo senso di sconforto, espresso molto bene e motivatamente da chi ha tracciato un quadro dalle tinte oscure evidenziando il contrasto tra affermazioni teoriche dei diritti e realtà inquisitoria del processo, oppure da chi ha parlato della "linea spezzata" lungo la quale il nostro processo repubblicano riprecipita ad un certo punto nell'inquisitorio, muovendo — dicevo — da questo lucido senso di sconforto, vorrei brevemente limitarmi a un paio di osservazioni. Da un lato, per non vestirmi completamente di panni non miei, farò un cenno comparativo al rapporto tra diritti individuali e diritto penale sostanziale. Dall'altro, mi arrischierò ad esprimere l'idea che anche la traiettoria dei diritti non segue necessariamente una linea assolutamente univoca ed unidirezionale nel senso di un progressivo ed automatico potenziamento delle garanzie, ma percorre piuttosto itinerari spiraliformi in cui il "regresso", ammesso e non concesso che sia anche involutivo, è comunque relativo all'ineliminabile storicità dei principi garantisti e dei loro contenuti.

Il virus inquisitorio che affligge il nostro processo non è nemmeno lontanamente paragonabile al vero e proprio scandalo di un codice penale autoritario, e assai più autoritario che tecnicamente perfetto, che continua a coesistere con un ordine costituzionale di segno antitetico. Certamente, il sistema penale in tutti questi anni non è rimasto insensibile alla parabola dei diritti e alle garanzie: specialmente per quanto riguarda la *persona* del condannato, i diritti hanno fatto il loro ingresso nel penitenziario e in un certo momento si è sfiorata addirittura la configurazione di un diritto individuale alla rieducazione. Più in generale, pur rimanendo abbastanza stabile l'impianto originario del codice, sotto la spinta del costituzionalismo penale e dello sviluppo internazionale dei diritti, si è realizzato un vero e proprio tornante: i diritti, da *limiti* garantisti all'intervento penale, hanno assunto il ruolo di *fondamento* contenutistico e giustificante dell'incriminazione e della pena. È così sembrato attuarsi un'operazione, culturale prima ancora che politica, di rilegittimazione del diritto penale su basi autenticamente democrati-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

che, in cui il potere punitivo si presentava quale strumento al servizio dell'individuo e dei suoi diritti.

Ma il virus autoritario serpeggiante anche nel diritto penale non ha cessato di alimentarne il volto oscuro in potenziale tensione con le garanzie ed in misura notevolmente superiore a quanto stava accadendo nel processo. Qui non si tratta solo delle pur rilevantissime torsioni prodotte dal diffondersi delle più gravi forme della criminalità organizzata e dalle esigenze della sua repressione. La relativizzazione dei principi di garanzia ha seguito correnti meno estrinseche e contingenti, decisamente più "strutturali" proprio in quanto — con apparente paradosso — connesse con la nuova filosofia dei diritti. I diritti, via via che venivano accreditandosi in ambito internazionale come il fondamento legittimante l'esistenza del diritto penale, si traducevano operativamente per il legislatore in altrettanti obblighi di penalizzazione in evidente tensione con la più genuina tradizione del costituzionalismo penale. Poi l'elenco dei diritti reclamanti tutela penale ne annoverò due in particolare che, pur di segno diverso, concorrevano a sottoporre comunque il diritto penale e i suoi principi garantistici a fortissime pressioni autoritarie: si tratta del diritto alla dignità dell'essere umano e del diritto alla sicurezza. L'uno e l'altro caratterizzati da una sorta di vocazione onnivora capace di divorare crescenti e illimitati spazi di libertà, con corrispondente sacrificio di pressoché tutti i tradizionali principi di garanzia.

A quanto sembra, nel processo penale si deve parlare di un virus inquisitorio persistente nonostante tutto (almeno, o soprattutto, nelle mentalità…). Ma, diversamente dal diritto penale sostanziale, ciò avviene pur sempre nell'evidenza di una contraddizione manifesta e consapevole con la scelta accusatoria, così da far pensare che l'organismo processuale riconoscendo gli agenti patogeni possa reagire con i propri anticorpi. Nel diritto penale sostanziale, al contrario, sembra che il vecchio organismo autoritario e codicistico abbia una straordinaria capacità di resistenza al nuovo dei diritti, la cui virtù terapeutica viene per così dire neutralizzata da un processo di loro mutazione che finisce per inglobarli nel generale quadro di sofferenza dei principi garantistici.

E veniamo ora alla seconda ed ultima osservazione. Questa volta

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

per segnalare convergenze ed omogeneità nell'evoluzione recente del diritto sostanziale e del processo penale quanto ai loro rispettivi rapporti con i diritti.

Come nel penale sostanziale, i diritti individuali giocano in origine il ruolo di *limiti*, di vincoli garantisti al principio cognitivo di un processo inquisitoriamente orientato alla verità. Carattere inquisitorio e diritti si sposano così in quel modello processuale felicemente definito di "garantismo inquisitorio": senza rinunciare alle virtù cognitive del modello inquisitorio, ad un certo punto non è più nemmeno possibile ignorare la prepotente evoluzione dei diritti. E in qualche modo, anzi, l'inquisitorio finisce per svolgere un ruolo maieutico dei diritti.

Al tramonto dell'inquisitorio e all'emergere dell'accusatorio corrisponde poi un nuovo ruolo dei diritti individuali, che — anche nel processuale — da limiti all'accertamento della verità divengono fondamento stesso del nuovo modello cognitivo. Se lo schema cognitivo diviene ora quello del metodo dialettico tra le parti, se la verità ha più *chances* nel confronto bipolare delle opinioni contrapposte piuttosto che nella missione solitaria del giudice, allora è il diritto di "difendersi provando" che diventa la chiave di volta non solo della tutela individuale ma anche del meccanismo cognitivo di accertamento della verità. I diritti fanno tutt'uno con l'essenza del processo, divengono lo strumento essenziale mediante il quale si realizza l'accertamento processuale della verità.

Ma la rivoluzione dell'accusatorio non sta solo nel rovesciamento del rapporto tra principio cognitivo e diritti individuali, bensì anche nell'accostare al principio cognitivo quello dispositivo con l'introduzione dei riti alternativi, vera rivoluzione copernicana della nostra recente storia processuale. Si realizza così una sorta di ipostatizzazione delle posizioni soggettive individuali che assumono il sopravvento sullo stesso principio cognitivo del processo: i diritti non sono più limiti all'accertamento processuale, non sono più coessenzialmente strumentali ad esso, ma lo travalicano, potendo alla fine relegarlo nell'ombra sospintovi dagli intenti totalmente individualistico-utilistaristici della negoziazione. L'individualismo estremo del calcolo del proprio vantaggio si sposa, con apparente paradosso, all'utilità sociale di alleggerire il congestionamento giudiziario.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Naturalmente, non è affatto detto che questi tre schemi di rapporto tra diritti e processo si distendano diacronicamente in un rapporto di successione e dunque di alternatività: i tre modelli possono ben sincronicamente coesistere in un equilibrio sempre più o meno instabile, in cui a seconda delle contingenze il principio cognitivo, nelle sue due intonazioni (inquisitoria od accusatoria), e il principio dispositivo variamente si bilanciano.

La parabola ascensionale dei diritti nella struttura del processo rischia però, ad un certo punto, di precipitare a picco se il principio cognitivo dovesse arrendersi senza condizioni a quello dispositivo, superando così la soglia di guardia rappresentata da un ordinamento costituzionale come il nostro, in cui la *verità* non è un valore integralmente disponibile, ma costituisce una componente imprescindibile di una intrinseca eticità della persona. Come ha detto con felicissima sintesi Pietro Costa, il nostro ordinamento costituzionale non conosce solo l'individuo "spencerianamente" inteso quale indiscutibile motore di un evoluzionismo progressivo, ma anche la persona "lapirianamente" concepita quale portatrice di valori intrinsecamente etici e socialmente irrinununciabili. E, in effetti, l'esasperazione del principio dispositivo nel processo penale italiano si è scontrata anche con vistosi recuperi di cognitivismo che hanno caratterizzato le più recenti riforme dei riti alternativi, e sulle quali non è possibile qui indugiare in dettaglio. E anche chi, come Ennio Amodio, non ha mai cessato di guardare ai riti alternativi con forte interesse sostenuto da un solidissimo spessore culturale, ha recentemente evitato (in un suo breve saggio dedicato alla perenne crisi della giustizia penale) di spingersi oltre su quella strada, ripiegando — per così dire — su una valorizzazione di istituti come la "irrilevanza del fatto", capaci di assicurare deflazione giudiziaria senza ulteriormente forzare il principio dispositivo.

Concludo così queste mie poche e disordinate parole. Con le quali ho solo voluto esprimere l'idea che anche il rapporto tra diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana non si colloca lungo traiettorie necessitate e neppure è il frutto sempre e solo di una partita condotta tra giocatori malevoli e scorretti. Piuttosto, la storia di questi "principi" o dei modelli giuridici che a quelli s'ispirano è ovviamente condizionata e relativa al forgiarsi e trasfor-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

marsi di più vasti orientamenti d'idee secondo nessi che agli storici tocca appunto mettere in luce e a noi, giuristi positivi, tocca ben conoscere per evitare di ripiombare nel riduzionismo culturale di chi crede e concepisce il diritto — l'esperienza giuridica — come risultato esclusivamente volontaristico del potente di turno. Il quale potrà forse talvolta ben avere l'ultima parola, ma almeno senza che ciò appaia nobilitato nelle moderne forme dell'assolutismo giuridico.

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

LA TESTIMONIANZA DI UN PROTAGONISTA

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Intervista a MARIO CHIAVARIO

Quale ruolo giocò nel suo complesso la componente accademica nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale, e con quale livello di consapevolezza, anche rispetto agli esponenti della magistratura e dell'avvocatura membri della commissione ministeriale?

Parlare di "componente accademica" è certamente corretto ma può anche venirne un'impressione non completamente "a fuoco" sui reali rapporti all'interno delle Commissioni che si sono susseguite durante il lungo iter di elaborazione della riforma.

Specialmente all'inizio dei lavori della prima "redigente", costituita subito dopo l'approvazione della legge-delega del 1974, si avvertiva la differenza di autorevolezza e di esperienza che caratterizzava i Maestri rispetto ai giovani che qualcuno chiamava "professorini" … e l'espressione veniva impiegata non proprio in senso elogiativo, forse ignorandosi che il suo uso trovava illustri precedenti all'epoca del'Assemblea Costituente … Soprattutto per merito del presidente Pisapia — impareggiabile nel creare un'atmosfera in cui i timori riverenziali, così come le piccole gelosie e persino i contrasti più duri, erano indotti a stemperarsi — crebbe gradatamente il "senso di squadra", anche nei rapporti con le componenti "non accademiche" delle Commissioni, così come la consapevolezza che la contemporanea presenza di diverse peculiarità era essenziale per dare a un tempo concretezza e nerbo a un lavoro che non era né soltanto "culturale" né soltanto "pratico".

Del resto, a me pare che, per tutto il corso dell'elaborazione dei testi, più marcate differenze di sensibilità e abitudini a metodi di lavoro non uniformi siano emerse a causa di fattori di genere diverso dalla qualificazione — "accademica" e non — di chi era chiamato a lavorare: e, questo, anche al di là dell'ovvia incidenza di componenti più legate alla personalità di ciascuno. Cito un esempio per tutti, apparentemente (forse) non molto significativo ma a mio avviso

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

tutt'altro che privo di riflessi tangibili: chi, oltre alla docenza, esercitava anche la professione di avvocato, mi è infatti sempre sembrato, in genere, più propenso, al pari degli altri esponenti della classe forense e dei magistrati, all'uso di quella che chiamerei argomentazione persuasiva, e a dar perciò vita ad appassionanti duelli, con approfondimenti spesso davvero ragguardevoli, sulle opzioni di merito da effettuare; chi, invece, poteva avvalersi soltanto dell'esperienza dell'insegnamento — pur non rinunciando, ovviamente, ad avere e a sostenere (magari, anche caparbiamente …) idee personali circa i problemi che via via si presentavano, soprattutto se ne apparivano coinvolti princìpi di fondo sul piano costituzionale o dell'etica pubblica — era più portato a concentrare l'attenzione sull'intelligibilità e sulla sostenibilità delle norme che si venivano scrivendo, piacessero o non piacessero personalmente; sino a giungere — e qui parlo in particolare del sottoscritto — a caldeggiare sovente la formulazione di schemi alternativi di norme, da sottoporre come tali alle scelte degli organi politici, così da evitare che il prevalere di un'opinione sull'altra nell'ambito della Commissione pregiudicasse impropriamente il seguito del lavoro. Bisogna peraltro aggiungere che generalmente furono proprio questi organi a dimostrarsi non interessati a tale prospettiva metodologica, sempre premendo perché dagli "esperti" uscissero dei testi "bloccati", senza alternative o subordinate, quale che fosse stata la dialettica interna alle Commissioni: cosicché l'eco di tal dialettica restò, quando restò, confinata nelle relazioni accompagnatorie, nonché nella documentazione ufficiale delle sedute, tuttavia mai troppo attendibile, e non per colpa dei verbalizzanti, ma piuttosto, perché questi erano a loro volta partecipi delle discussioni in corso.

Tra gli studiosi del processo penale, è possibile individuare una strategia comune durante i lavori preparatori del codice? E se sì, come si realizzò concretamente?

Non sarei sicuro di poter parlare di strategia comune, almeno per come conservo il ricordo di mie percezioni, ovviamente soggettive.

Sicuramente, vi era in tutti una fortissima sensibilità per l'impegno primario che incombeva, di dare il massimo di attuazione ai

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

precetti costituzionali: impegno che naturalmente si doveva dare per scontato ma che veniva ugualmente avvertito con la consapevolezza delle difficoltà che insorgevano nel passaggio dalle mere affermazioni di principio alle risposte da dare ai singoli problemi, non disgiunta, peraltro, dall'orgoglio di sentirsi chiamati a contribuire alla realizzazione del primo codice dell'era repubblicana; e posso aggiungere che se questi sentimenti vennero forse vissuti anche con qualche eccesso di ingenuo entusiasmo — e soprattutto senza presagire appieno tutti i fulmini che poi sul codice si sarebbero abbattuti … — non avevano molto spazio, se non altro, i calcoli di vantaggi legati a pur legittime (e non nascoste) appartenenze o simpatie per l'uno o l'altro schieramento politico o, peggio, a compiacenze verso i "desiderata" di questo o di quello. A quest'ultimo proposito mi vengono in mente, in particolare, taluni incontri con uno dei magistrati succedutisi come capi dell'Ufficio legislativo del ministero di via Arenula, durante i quali specialmente noi "professorini" ci sentimmo impegnati (non sempre con successo …) in una resistenza a pressioni che per quel tramite venivano dal ministero degli interni, affinché si "ammorbidissero" certe soluzioni, ritenute troppo "penalizzanti" per gli apparati di polizia; ed è pur vero che quelle pressioni erano molto discrete nella forma (altro che i "diktat", che oggi si sentono quasi quotidianamente risuonare per indirizzarsi, direttamente o indirettamente, a piegare le norme alla loro utilizzazione a fini particolari...) ma la sostanza si avvertiva … Qualche stupore lo suscitò poi, parecchi anni dopo, il fatto che quella stessa persona — assurta più che legittimamente a un'altissima carica istituzionale (era un fine giurista, oltre che un magistrato di collaudata esperienza) — venisse poi a criticare pubblicamente … lo scarso garantismo del codice.

Meno intensa e soprattutto meno diffusa, l'attenzione al panorama che, con un uso forse troppo esteso del termine (ma, penso, tale da rendere con una certa efficacia la sostanza di quanto voglio esprimere), chiamerei "internazionale".

Sicuramente, ciò può dirsi a proposito di quanto già allora si sarebbe potuto ricavare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, da molti, invece, considerata ancora argomento da lasciare alle elucubrazioni di … gente nelle nuvole, sebbene nello stesso "preambolo" della legge-delega le convenzioni di tutela di

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

quei diritti fossero richiamate, subito dopo la Costituzione da "attuare", come fonti cui "adeguare" il codice (del resto, da tempo Giovanni Conso aveva messo in evidenza come quel richiamo fosse stato inserito nella legge senza che coloro stessi che avevano posto mano alla sua redazione sapessero con esattezza quali fossero le convenzioni in oggetto …).

Quel rilievo, però, vale anche — e forse ancor più — a mettere in evidenza che si sarebbero potute sfruttare maggiormente le risorse offerte dalla comparazione con ordinamenti stranieri: anzitutto, ma non solo, per quanto avrebbe imposto il riferimento al "sistema accusatorio", a sua volta contenuto nel "preambolo" in questione.

Ricordo che alcuni di noi proposero, all'inizio dei nostri lavori (anno 1974 …), che si procedesse a una ricognizione del modo in cui le più importanti questioni sul tappeto erano state affrontate, quantomeno in quei Paesi con i quali il confronto poteva avere maggiore significato: fu risposto che ciò avrebbe comportato troppo tempo e che bisognava fare in fretta (dopo di allora, come è noto, sarebbero passati ancora quasi quindici anni perché il codice venisse alla luce…). Così, sotto questo profilo, ci si dovette per lo più limitare al "fai da te": e ancora con un pizzico di autoreferenzialità mi piace sempre ricordare che io me ne servii, in particolare, per convincere una larga maggioranza della Commissione sulla scorta di quanto accadeva un po' dappertutto altrove (qualche volta uno sforzo di argomentazione persuasiva ho cercato di farlo anch'io …), che l'ineccepibile rifiuto del vecchio mandato di cattura obbligatorio non avrebbe dovuto portare a un livellamento assoluto, tra fattispecie delittuose di media entità e crimini gravissimi, dal punto di vista dell'onere di motivazione sulla pericolosità del soggetto …: il che produsse un risultato, poi contrastato dalla prima Commissione consultiva ma ripreso con alterne vicende nel seguito dei lavori, che mi sembra non si discosti da quello cui, almeno per quanto riguarda i delitti di violenza sessuale, è ora pervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 265 del 2010 …

Il riferimento della delega al "sistema accusatorio" doveva comunque obbligare a un'attenzione per la tradizione "accusatoria" del

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mondo anglosassone. In particolare, quale livello di consapevolezza vi fu sul significato di uno dei princìpi-cardine della successiva elaborazione dottrinale sulla "filosofia" del nuovo codice, cioè sul valore del contraddittorio nella formazione della prova?

Senza dubbio, quel riferimento obbligava a guardare con attenzione quantomeno a certi aspetti fondamentali di tale tradizione. E non erano pochi — tra i colleghi con cui ho lavorato nell'ambito della Commissione — coloro che potevano vantare conoscenze approfondite in materia, al di là degli slogan e della retorica di cui anche allora aveva fatto e avrebbe fatto sfoggio più di un orecchiante.

Osserverei peraltro che ad ammonire (talora con rammarico) contro la tendenza a mettere troppo l'accento sull'"accusatorietà" come caratteristica inderogabile del nuovo processo era lo stesso presidente Pisapia, il quale non mancava di sottolineare che il "preambolo" della legge-delega imponeva sì di « attuare … i caratteri del sistema accusatorio », ma « secondo i principi e i criteri che seguono », ed era ancora il presidente della Commissione ad osservare che nel complesso delle direttive di delega non mancavano, sotto questo profilo, i chiaroscuri, tra cui si doveva annoverare, se non altro, lo spazio lasciato alla presenza della parte civile e soprattutto il non smentito rifiuto, consolidatosi nella nostra legislazione più recente, di quella scissione tra giudice e giuria popolare, che nel mondo anglosassone appare invece come un connotato essenziale della dinamica "accusatoria" e del diritto probatorio, nonché della disciplina della genesi e della stessa tecnica espressiva della decisione.

Ovviamente, non si poteva comunque ignorare il ruolo di uno degli assi portanti del modello accusatorio, ossia del principio del contraddittorio nella formazione della prova (il contraddittorio "per la prova", e non soltanto "sulla prova", come, con una fortunata sintesi, amava e ama sottolineare Delfino Siracusano).

Già allora, semmai, si facevano sentire i problemi di bilanciamento tra varie esigenze, che certe estremizzazioni avrebbero portato a oscurare. Non per nulla, constatato l'effetto-boomerang che, una volta entrato in vigore il codice, talune applicazioni incontrollate del principio erano venute a produrre, provocando sconcerto nell'opinione pubblica e favorendo le nostalgie e i soprassalti inquisitori nella magistratura, ad avvertire la necessità di un parziale ripensa-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mento fu la stessa Commissione Pisapia, nel frattempo trasformata, da "redigente", in organismo incaricato, ai sensi dell'art. 7 della legge-delega, di gestire il primo monitoraggio e le più immediate proposte di "aggiustamento" del prodotto. Nonostante i limiti (su cui mi permetterò di ritornare) che erano stati posti a quel lavoro che potremmo chiamare di "revisione novellistica con iter semplificato", fu infatti la Commissione stessa a porsi l'obiettivo di una parziale correzione di tiro, sia pur in termini ben lontani dalla stretta di tipo "emergenziale" che sarebbe poi "passata" nella legislazione in virtù delle note sentenze costituzionali del 1992 e della successiva decretazione d'urgenza; una serie di fattori impedì una tempestiva realizzazione di quanto progettato: non ultima la complessità dei rapporti instauratisi tra la Commissione e gli uffici ministeriali, non più ispirati a quella "linea" di incondizionata fiducia da parte di questi ultimi che — fermo restando, ovviamente, il sindacato del guardasigilli sotto il profilo "politico" — era stata invece sottolineata, e fedelmente tradotta in pratica, in altri tempi, e in particolare dal ministro Martinazzoli sin dal momento dell'insediamento della Commissione stessa nella sua seconda composizione.

Fu una vicenda vissuta da parecchi di noi con amarezza, anche per i suoi riflessi sulla vita della Commissione, alcuni componenti della quale, proprio a causa del decreto-legge emanato dopo l'assassinio di Giovanni Falcone, diedero le dimissioni: essenzialmente — almeno per quanto riguardò il sottoscritto — per una questione di metodo più che di merito, non apparendo corretto che, mentre tutti insieme avremmo dovuto essere impegnati nel lavoro di revisione, gli stessi magistrati che operavano nella Commissione ne fossero distolti per provvedere in separata sede ad un lavoro parallelo sul medesimo oggetto, ma con effetti immediati e dirimenti.

Quali tradizioni di pensiero od opere fondamentali del diritto processuale penale ritiene che abbiano influito maggiormente sull'impianto sistematico e sui principali istituti del codice di rito, al momento della sua redazione?

Mi è difficile tracciare una sintesi che si proponga di essere veritiera, soprattutto perché il *background* culturale non era dello stesso tipo né a un identico livello quantitativo e qualitativo per tutti (io, per

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

esempio — e non è falsa modestia — mi sentivo e mi sento assai meno solido di altri nella conoscenza dei classici della scienza giuridica in generale e della scienza processualistica in particolare, oltreché privo di una reale esperienza nella gestione di concreti processi penali).

Circa i riferimenti più vicini, penso di non sbagliare nell'affermare che un influsso notevole fu esercitato dagli "Atti" dei "Convegni De Nicola", tra i cui protagonisti si trovavano del resto tutti i Maestri che facevano spicco nelle varie Commissioni e che in esse non potevano non portare anche l'eco diretta e i frutti dei relativi dibattiti. Un notevole fascino — soprattutto in una parte dei componenti la Commissione — esercitava poi la "bozza Carnelutti", nella quale la genialità del versatile giurista friulano si era profusa con risultati difficilmente accettabili nella loro integralità ma tali comunque da lasciare i germi di più di una feconda provocazione.

Personalmente, poi, mi piace sempre ricordare, fra gli scritti di cui più mi sento debitore anche come collaboratore alla codificazione, quello di Giuliano Vassalli sul diritto alla prova, che lasciò la sua impronta — insieme alla riflessione cui già di per sé induceva in proposito la normativa della Convenzione europea dei diritti umani — su una serie di disposizioni della legge-delega e, di riflesso, del codice. E peccato che la rubrica dell'art. 190, inducendo a un immediato collegamento con l'*incipit* del suo primo comma, abbia poi portato parecchi esegeti, anche valenti, a dare preminenza, come espressione di tale diritto, a una prospettiva tutta particolare — quella della titolarità di parte delle iniziative probatorie, se non addirittura del principio dispositivo — a sua volta importante ma che a mio giudizio, per avere già una sua spiccata fisionomia, non ha bisogno di far mettere in secondo piano ciò che invece, quanto appunto al diritto alla prova, appartiene da tempo alla più limpida cultura processualcivilistica e cui Vassalli aveva dato sviluppi tuttora attualissimi: vale a dire, il rifiuto di ogni arbitrio e di ogni pregiudizio, nell'esercizio del pur doveroso controllo giudiziale sulla legittimità e sulla pertinenza delle iniziative probatorie di parte.

Quali furono gli aspetti più controversi del nuovo assetto normativo e quali difficoltà — anche di tecnica di redazione normativa — si posero in maniera più acuta agli studiosi che elaborarono quel codice?

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Anche a questo proposito mi riesce difficile staccarmi da sensazioni personali, che solo in parte potrebbero riflettere qualcosa di oggettivo. Dico solo che il lavoro di redazione, appassionante anche per questo, ha messo in evidenza tali e tanti aspetti controversi, che ritengo impossibile fare una cernita "ragionata".

Credo comunque di non sbagliare nel sottolineare che all'inizio vi fu, in particolare, un intenso dibattito sulla struttura e sulle finalità da assegnare all'udienza preliminare, e su ciò che doveva sostituire la vecchia istruttoria (teniamo presente che nella legge-delega del 1974 erano ancora previsti degli "atti d'istruzione", sia pure soltanto eventuali e successivi a quell'udienza …). Poi, emersa dagli stessi lavori della prima "redigente" l'opportunità di dar vita a quello che fu poi chiamato "incidente probatorio" (se non erro, dapprima si parlò di "incidente istruttorio"), la strutturazione di quest'istituto divenne a sua volta uno dei temi di più vivo dibattito nella fase attuativa della seconda delega.

Lungo, serrato ed acceso, in questa fase, anche il dibattito sullo spazio e sul ruolo da riservare ai riti speciali, su cui — dopo le timide aperture della prima legge-delega — si era venuto ad investire molto per affidarvi larga parte delle speranze di una giustizia più rapida e più efficiente anche in quanto differenziata: speranze che si farebbe difficoltà a dire che siano andate esaudite, nonostante l'impulso ulteriore che la legislazione novellistica ha dato, specialmente ad alcuni tra tali riti (e sebbene sia — debbo supporre — soltanto il frutto di mie difficoltà espressive la sensazione di incredulità e di sconcerto trasmessami da qualche amico straniero dopo un tentativo di illustrare le relazioni tra l'uno e l'altro dei procedimenti in questione, così come descritti dal legislatore, per evidenziarne la finalità di una complessiva semplificazione del sistema …)

Per quel che concerne una delle parti del codice alla cui articolazione e ai cui contenuti credo di aver dato un contributo più diretto — parlo del "libro" sulle misure cautelari, ma più in generale vorrei riferirmi alle norme in tema di soggetti processuali e di libertà dei singoli — oltre al già segnalato problema del regime "cautelare" delle fattispecie delittuose più gravi, ricordo la fatica, e il solo parziale successo, con cui si cercò di far penetrare nel codice (ma, prima e più ancora, nella mentalità di giuristi e operatori …) un'altra idea basilare, e cioè che la "ragionevolezza" della durata di quella

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

che la Costituzione chiama "carcerazione preventiva" non dovesse essere tutta affidata alla fissazione di termini legali. Un parziale risultato in quel senso fu la costruzione della "revoca" delle misure cautelari personali come *contrarius actus* del provvedimento applicativo, e dunque come istituto attraverso la cui sollecitazione si dovrebbe costringere il giudice a verificare la permanenza delle condizioni di applicabilità (compresa la sussistenza di almeno un'esigenza cautelare): il tutto, in armonia con la giurisprudenza della Corte europea, che proprio lì ha trovato modo di esplicare al meglio un suo ruolo "maieutico" facendo delle "esigenze cautelari" (quale che sia il modo di chiamarle), e dell'assunto secondo cui è naturale il loro logorarsi nel tempo, i fari che illuminano le sue valutazioni in chiave, appunto, di "ragionevolezza" di quella durata.

Qualche problema di … persuasione incontrò anche l'ancoraggio, in radice, della vecchia "carcerazione preventiva" (e delle altre misure alternative) all'idea della "cautelarità", che consentì di affiancare alle misure "coercitive" quelle "interdittive" e persino quelle "reali": la delega del 1974, invero, menzionava soltanto le prime e la Commissione consultiva dell'epoca, pur non facendo di questo silenzio una causa di per sé ostativa, ritenne comunque inopportuna la previsione delle "interdittive".

Anche la questione dei poteri "cautelari" del pubblico ministero pose di fronte a problemi non piccoli, a loro volta non risolti dalla prima delega e a proposito dei quali fu proprio la prima Commissione "redigente" a indicare una soluzione poi recepita dal legislatore delegante del 1987: e ci si dovette ingegnare (e anche compiere qualche … acrobazia), perché — abolita, come si doveva, l'equiparazione tra giudice e p.m. nell'emissione di provvedimenti di cattura e addirittura il potere di convalida riservato al secondo (salvo il caso del pretore) — non era facile arrivare all'attribuzione, a quest'ultimo, di un potere "precautelare" (nelle forme del fermo) giacché in proposito la Costituzione parla di "autorità di pubblica sicurezza", e non era incontrovertibile l'argomento "a fortiori"; né fu più facile articolare il procedimento di convalida sulla base di un rapporto trilaterale anziché bilaterale … Ma da questi punti di vista le soluzioni, a quel che mi sembra, hanno retto alla prova del fuoco …

Dal punto di vista della tecnica più strettamente normativa, una delle difficoltà maggiori (che per certi versi si è rivelata particolar-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

mente forte, lasciando le sue … ferite nel corpo del codice) mi è sempre sembrata quella che derivava dal fatto di dover (o di voler) trasporre in norme codicistiche — che anche nello "stile italiano", non particolarmente capace di sobrietà, non possono comunque indulgere a troppi chiaroscuri — una ricchezza di sfumature analoga a quella che, coi suoi pregi e i suoi difetti, caratterizza il panorama inglese e statunitense in materia di *exclusionary rules* probatorie, a causa di una sedimentazione plurisecolare di elaborazioni giurisprudenziali.

Quale fu, a Suo avviso, il più grave difetto (o punto debole) della nuova codificazione? C'è un istituto, in particolare, che ritiene avrebbe potuto essere utilmente introdotto?

Quale tra le modifiche al corpo originario del codice, intervenute sia per via giurisprudenziale, sia per via legislativa, è quella che maggiormente L'ha sorpresa? E perché?

Non da oggi ritengo che la ricodificazione sia stata un'occasione mancata per rivedere più a fondo il sistema delle impugnazioni, affinandone connotati autentici di garanzia e sfrondandolo però dalle troppe risorse che offriva a chi volesse farne un uso spregiudicatamente distorto, come strumenti per allontanare artificiosamente il giudicato al fine di conseguire l'impunità o una scarcerazione per decorso dei termini. E ricordo in particolare l'insuccesso di un'iniziativa assunta insieme ad Elvio Fassone proprio per disincentivare tale strumentalizzazione, attribuendo all'amnistia maturata dopo il primo grado i caratteri dell'amnistia impropria (allora, per il proliferare di decreti concessivi prima che la riforma dell'art. 79 Cost. vi ponesse un freno, era quello l'aspetto che veniva maggiormente in evidenza nei rapporti tra impugnazioni pretestuose e declaratoria di cause estintive, non essendosi ancora intervenuti a "potare" i termini di prescrizione).

Un altro motivo di rammarico è stato il rigetto della proposta di inserire nel codice il meccanismo dei "controlli periodici" (a tempi brevi) sul permanere delle condizioni applicative delle misure cautelari, che a mio giudizio avrebbe dato maggiore effettività al principio di "ragionevolezza" della durata della custodia cautelare, come sarebbe sempre più emerso anche dalla giurisprudenza "eu-

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

ropea" (giustamente messa in rilievo, sotto questo profilo, specialmente dalla nota sentenza Ramoci delle Sezioni unite in sede di interpretazione della legge attuativa del "Mandato d'arresto europeo"). E il rammarico non è disgiunto dalla constatazione che l'impianto costruito nel libro quarto del codice sembra aver retto complessivamente bene in quanto tale, nonostante le profonde modifiche che ne hanno colpito norme particolari: talune, anche molto importanti, ma pur sempre settoriali e in larga parte legate a specifiche scelte compiute dal legislatore delegante; il tutto, nella ricerca, risultata sinora sostanzialmente infruttuosa, di soluzioni che riducessero quel peso delle carcerazioni in attesa di giudizio che spesso fa dire giustamente, a chi ci osserva dall'estero, che il nostro è un garantismo più di facciata che di sostanza. Ma questo rilievo innesterebbe tanti altri discorsi — relativi non solo e non tanto alle norme del libro in questione ma a tutta una serie di condizionamenti, dovuti a mentalità, a fattori organizzativi e ad altro ancora — che a mio giudizio recano danno, soprattutto, agli innocenti privi di mezzi.

Più in generale, poi, ritengo che troppo scarsa attenzione, già nella legge-delega, si fosse posta alla tutela delle vittime dei reati, ancora per la maggior parte concentrata sulla tutela degli interessi patrimoniali attraverso l'istituto della parte civile, e nonostante il maggior risalto che sotto certi punti di vista il codice diede alla persona offesa in quanto tale. E se presso l'opinione pubblica fu quasi disastroso, dopo tante speranze, il primo impatto del codice "in atto", ciò fu anche perché la gente si trovò a veder applicati patteggiamenti e inflitte condanne a pene ridotte nei giudizi abbreviati, anche per reati di non piccolo allarme sociale, senza che le vittime (o, nel caso di reati sessuali, i loro genitori) venissero nemmeno ascoltate.

Tra le vicende modificative — ahimè, molto numerose — che hanno colpito il codice dopo la sua entrata in vigore, vorrei prescindere, anche per quanto dirò in seguito, da quelle, pur in parte impreviste, dovute a interventi della Corte costituzionale.

Quanto alle modifiche aventi la loro radice esclusiva o preminente in iniziative di carattere legislativo, ne vorrei sottolineare soprattutto una che, se mi ha, dapprima, sorpreso, mi ha poi, soprattutto, preoccupato. Alludo al progressivo sgretolamento del

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

rapporto di direzione effettiva del pubblico ministero sulla polizia giudiziaria: favorito all'inizio anche da qualche eccesso di supponenza di taluni magistrati — che contribuì ad alimentare sensi di frustrazione in un personale anche altamente "professionalizzato" ma che venne facilmente sfruttato per fini ben diversi — lo sgretolamento rischia oggi di trasformarsi in un vero e proprio rovesciamento, di cui sono chiari i pericoli, soprattutto per il rapporto di subordinazione che sussiste tra la polizia e l'Esecutivo.

Amarezza, anche personale, ho poi provato per il travisamento — talora accompagnato da accenti di dileggio — che si è fatto a proposito dell'originaria disciplina codicistica della rimessione del processo: quasi che, nel "tradurre" le relative direttive di delega, ci si fosse (come è stato detto da più di parti) "dimenticati", più o meno volontariamente, che tra esse vi era un riferimento al "legittimo sospetto" e non si fosse cercato invece di sciogliere quel criterio piuttosto vago, come dovrebbe essere normale per l'attuazione di una delega, in qualcosa di più specifico. Il risultato era certo opinabile, ma addirittura scorgervi un doloso gioco di bussolotti o un'incapacità di lettura …

Qualche considerazioni finale "a tutto campo"?

Riprenderei qualche osservazione che già altre volte mi è capitato di fare su alcuni fattori di contesto che hanno condizionato negativamente la "tenuta" della codificazione.

Fin troppo ripetute alcune constatazioni, riguardanti le carenze nell'opera di supporto che si sarebbe dovuta avere tramite, specialmente, un potenziamento di mezzi finanziari a disposizione delle indagini e un rinnovamento di strutture organizzative (per dirne una, il "giudice unico" è venuto solo dieci anni dopo, quando il codice aveva ormai già perso tanti pezzi, e una sostanziosa revisione della mappa delle circoscrizioni si fa ancor oggi attendere …). Negativa anche la mancanza di coordinamento con una contestuale riforma del codice penale (e qui però bisogna dire che si era consapevoli dell'handicap che creava il partire soltanto dalla procedura: constatati i fallimenti di tutti i tentativi di arrivare, senza defatiganti attese ulteriori, a una contemporanea ricodificazione del diritto penale sostanziale, la speranza era che la riforma processuale

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

potesse servire da stimolo e da traino: speranza, purtroppo, rivelatasi illusoria …). Per non dire del peso delle sempre nuove (vere o presunte) emergenze, … Proprio perché se ne è sempre parlato molto, non voglio comunque soffermarmi su questi aspetti.

Né vorrei insistere sui partiti presi "esterni" (non pochi e non poco irrilevanti …), che si aggiunsero alle difficoltà obiettive e alla sensazione deleteria, di cui ho già detto, che suscitò quella che apparve (e che in parte era) una scarsa considerazione per i diritti delle vittime. E sorvolo pure sulle carenze "interne" del lavoro di redazione, comprese quelle dovute alla carenza di personale "a tempo pieno": per chi si dedicò con continuità all'… impresa, restò un impegno non indifferente il partecipare (e prepararsi) a riunioni di tre mezze giornate ogni settimana o ogni quindici giorni ma tutti capiscono che siffatte cadenze non erano sufficienti per garantire appieno la funzionalità di un organismo nel quale si dovette anche scontare la tendenza di alcuni (specialmente tra i meno assidui …) a voler rimettere continuamente in discussione decisioni già prese (ben al di là dell'ovvia esigenza di non persistere in veri e proprii errori), compromettendo non soltanto la speditezza ma la stessa coordinazione del lavoro …

Vorrei piuttosto sottolineare alcuni altri aspetti: essi neppure, a mio avviso, del tutto trascurabili, sebbene di solito se ne parli poco o vengano addirittura ignorati.

Il primo riguarda l'incidenza negativa del non essersi potuta risolvere a priori almeno una parte del potenziale contenzioso costituzionale che — per giustificato che fosse — nei modi in cui è intervenuto ha creato pesanti scompensi e anche defatiganti "rincorse" tra declaratorie d'incostituzionalità, novellazione ordinaria e costituzionale, ulteriori "aggiustamenti" negli indirizzi dei giudici delle leggi … A confronto mi è venuto talora da citare il Portogallo, dove il codice emanato quasi contemporaneamente al nostro (e in larga parte modellato sui nostri progetti) ha potuto fruire di un vaglio preventivo da parte del Tribunal constitucional, mentre da noi perfino nel tempo tra l'entrata in vigore della legge-delega e il varo del testo definitivo del codice, quando nulla sarebbe stato compromesso da eventuali declaratorie d'incostituzionalità e per contro si sarebbe potuto evitare di dare attuazione a direttive destinate a cadere, si è dovuto subire il silenzio della nostra Corte,

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

col risultato che alcune norme della legge-delega sono state travolte … dopo che era stato obbligatorio tenerne conto nel codice. Con questo, ovviamente, non voglio dire che tutti i problemi di costituzionalità sarebbero stati risolti e men che meno che si dovesse mettere uno sbarramento al successivo, normale sindacato di legittimità in via incidentale. Ci mancherebbe altro … Voglio solo affermare che, senza l'ostacolo di base al sindacato di costituzionalità a priori, non solo si sarebbe forse circoscritto in termini più adeguati quello, davvero imponente, registratosi a posteriori, ma altresì, potendo la Corte costituzionale ragionare *tota lege perspecta* e non nei limiti proprii di ogni impugnativa, si sarebbe forse avuta qualche occasione in meno perché prendessero corpo due fenomeni non proprio positivi: quello delle pesanti incertezze tra un giudizio di costituzionalità e l'altro, e quello delle illegittimità "a catena", dovute a scelte fatte una prima volta sulla base di un determinato "petitum", ma destinate poi a trascinarne altre senza che — e non vorrei esser irriverente a questo proposito — si potessero calcolare, la prima volta, tutte le conseguenze successive …

Altro fattore negativo, la notevole "lunghezza" della delega e l'essere, questa, non di rado il risultato, più che dell'amalgama, della stratificazione, lungo il corso di quasi venticinque anni, di impostazioni anche nettamente diverse tra loro. Capisco d'altronde che per una codificazione viene naturale pensare a una delega legislativa ma i vantaggi della deroga che in tal modo si ha, rispetto al procedimento "ordinario" di formazione delle leggi, non sono automatici e la loro effettività dipende in larga parte da come la delega è concepita e costruita, mentre sull'attuazione si ripercuotono inevitabilmente in senso negativo il numero eccessivo, e soprattutto gli eccessi di complessità, delle direttive. A mio avviso — e proprio sulla base dell'esperienza maturata in quegli anni — miglior metodo sarebbe quello di una delega "per principi" che lasciasse al delegato una maggiore libertà nella redazione di un testo (o — ecco che ci ritorno … — più testi, almeno parzialmente, alternativi) per concentrare la risposta all'indiscutibile esigenza di primato del parlamento in un rigoroso controllo *ex post*, da parte delle Assemblee o delle loro Commissioni giustizia, per una delega vincolante anche nei dettagli circa le modifiche da operare in sede di revisione finale. Fu questo il metodo seguito, in linea di massima, non solo — e mi

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

scuso se ritorno su un esempio già fatto — per la redazione del codice portoghese, ma anche per quella del codice italiano del 1913: mi si dirà che quel codice ebbe poi vita breve e grama; però non penso che ciò sia dipeso dal metodo in questione, ma piuttosto da altri fattori: intanto, perché nel sistema costituzionale di allora non erano ben chiari i rapporti tra delegante e delegato (e soprattutto non c'era una Corte competente a giudicare gli abusi da parte del secondo), cosicché il governo poté ignorare le direttive fissate dal parlamento suscitando — insieme a malumori per gelosie puramente "accademiche", dovute alla composizione della Commissione di revisione (si pensi agli strali di Luigi Lucchini …) —, ben più giustificate reazioni contrarie; poi, perché la guerra spostò larga parte della giustizia penale "di peso" fuori dal campo di applicazione del codice "ordinario"; infine … perché venne il fascismo… Comunque, se si vuole procedere con una delega "tradizionale", ritengo che una maggiore snellezza non guasti e, soprattutto, che la si rediga avendo già alle spalle, almeno per i nodi più essenziali, un vero e proprio articolato.

Ma, se pensiamo ai fattori di pregiudizio per una buona riuscita della codificazione, occorre, a mio avviso, tener conto anche del troppo poco tempo che si diede, sia all'esame della generalità dei "tecnici" (magistrati e avvocati) che dovevano applicarla, sia a quello che potremmo chiamare il suo collaudo. Si rifiutò la proposta — avanzata, se non erro, da Vladimiro Zagrebelsky — di un anticipo di applicazione "monitorata" in alcuni distretti: e il rifiuto si può anche capire per i problemi (peraltro, a mio giudizio, amplificati) che sembravano venirne in rapporto al principio di uguaglianza. Quel che maggiormente pesò furono gli stretti limiti imposti all'attuazione della "via breve" per una revisione, pur ammessa *ex* art. 7 della legge-delega del 1987, dove si previde che nel primo triennio dall'entrata in vigore del codice si poteva evitare il passaggio per il normale *iter* legislativo, con l'approvazione di decreti legislativi sottoposti al solo vaglio della Commissione parlamentare di controllo: quello stesso articolo imponeva infatti uno scrupoloso rispetto di tutte le originarie direttive di delega, quando erano talune di queste stesse che avrebbero dovuto esser messe, almeno parzialmente, in discussione sulla base delle prime applicazioni … E così a questo tipo di novellazione si ricorse con estrema parsimonia ed esso fu

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

abbandonato anzitempo, tanto presto apparve che non poteva servire a molto …

Soltanto delusioni, allora?

Niente affatto. Se ho messo l'accento sui motivi di rammarico, non rimpiango affatto l'esperienza fatta: e non solo per quanto — moltissimo … — ha dato a me, in arricchimento culturale, in allargamento e approfondimento di amicizie, in gratificazioni personali, nel consentirmi di affiancare al ruolo di … affabulatore del "law in the books" quello di collaboratore di qualcosa che doveva diventare "law in action", ma anche perché continuo a credere che … ne valesse la pena.

Insomma, non vorrei passare per un "pentito" della partecipazione a quel lavoro. Continuo a credere che la strada giusta fosse fondamentalmente quella; e pur non avendo esitato a criticare taluni aspetti della riforma costituzionale del 1999 — quella che si è soliti chiamare del "giusto processo", guardandosi poi quasi esclusivamente a uno o due profili della normativa probatoria (ma io ritengo che di "giusto processo" si possa e si debba parlare anche sotto profili che lì sono stati lasciati in ombra) — mi pare che anche quella riforma sia giustamente venuta a rivalutare le scelte più essenziali del lavoro compiuto negli anni Settanta e Ottanta, prima dal legislatore delegante e poi dal delegato. Del resto, quelle scelte — se non vado errato — non furono messe in discussione neppure dalle Commissioni (presiedute da Nino Dalia e da Giuseppe Riccio) che in anni più recenti sono state incaricate di elaborare nuovi progetti di riforma globale e che vi hanno adempiuto con serietà e acume, sia pur lavorando con metodi differenti e pervenendo a soluzioni in parte divergenti.

Temo, del resto, fortemente che il contesto non offra oggi il momento più adatto per una nuova "grande riforma", sebbene il bisogno di recupero di organicità della legislazione processuale sia più che evidente.

Vedrei necessario anzitutto un periodo di fattiva decantazione, in un rinnovato dialogo tra le varie componenti della cultura processualpenalistica, teorica e pratica: anzitutto tra quella giudiziaria, quella forense e quella "accademica", per non parlare che delle tre

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

principali, ma sarebbe sbagliato trascurare coloro che coadiuvano giudici e pubblici ministeri, nonché quello di quanti altri, soprattutto sul piano delle conoscenze tecnico-scientifiche, dovrebbero essere sempre più chiamati, a loro volta, a fornire apporti essenziali per l'operare della giustizia penale e per la formulazione delle sue norme. Scorgo invece ancora troppa tendenza alla chiusura nelle mere rivendicazioni di meriti e di pretese corporative, a scapito delle ragioni altrui, anche quando la professionalità non è immiserita dall'asservimento a interessi esterni, la cui ingerenza si fa sentire fortemente nella legislazione "speciale" ma che si è incuneata (e parrebbe volersi incuneare sempre più) anche tra le norme fondamentali. Il tutto, in un continuo crescere e incancrenirsi dei conflitti istituzionali, accanto a quelli, di per sé fisiologici ma solo se mantenuti entro certi limiti, tra le forze politiche: gli uni e gli altri, oggi, di ostacolo pregiudiziale a una eventuale revisione "a tutto campo" che risponda davvero al "bene comune".

Tuttavia, perché perdere ogni speranza? …

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

INDICE SOMMARIO

Avvertenza v

LE RAGIONI DI UN DIALOGO

P. Cappellini, *Un dialogo finalmente maturo. Prospettive storiche e ricostruttive sul processo penale come "diritto costituzionale applicato" nell'Italia repubblicana* 5

D. Negri, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato"* 13

M. Pifferi, *Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare* 31

R. Orlandi, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana* 51

INTERVENTI

L. Lacchè, *I diritti della storia e la storia dei diritti: riflettendo sul processo penale nell'Italia repubblicana* 87

E. Dezza, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea* 101

T. Rafaraci, *"Vis modica" e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci* 117

A. Scella, *Contestazioni al testimone e riforma del processo penale: brevi osservazioni su un ricorrente equivoco* 133

L. Zilletti, *Il mondo nuovo e gli errori del 1988* 147

P. Costa, *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della costituzione' e mutamenti di paradigma* 151

B. Pastore, *Criteri epistemologici e princìpi costituzionali nel processo penale* . . 161

C. Storti, *Magistratura e il diritto di difesa nell'istruzione penale: il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)* 179

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

F. Colao, *Processo penale e garanzie dal « limbo » alla « novella » del 1955* . . . 199

G. Garuti, *Contumacia, restituzione nel termine per impugnare e diritto di difesa.* 221

G. Chiodi, *Custodia preventiva e garanzie della libertà personale nel primo decennio repubblicano: il caso della scarcerazione automatica* 233

E. Marzaduri, *La prassi applicativa delle disposizioni sulla custodia cautelare ed i sofferti rapporti con la garanzia sancita nell'art. 27 comma 2 Cost.* 245

G. Illuminati, *I riflessi della stagione di "mani pulite" sulla procedura penale degli anni Novanta* 277

L. Garlati, *Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi* 285

C. Cesari, *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica.* 307

R. E. Kostoris, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale* 323

TAVOLA ROTONDA

E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea* 333

G. Alessi, *Populismo, legalità, riforma della giustizia* 347

M.N. Miletti, *Un vestito per cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica* 363

G. Di Chiara, *Dignità della persona, tutela della vittima e rappresentazioni del processo: amorfismi,* imprinting *inquisitori, ottativi riformatori* 395

F. Palazzo, *Conclusioni* 413

LA TESTIMONIANZA DI UN PROTAGONISTA

Intervista a Mario Chiavario 421

I collaboratori di questo volume 441

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Daniele NEGRI
Prof. Associato di Diritto processuale penale — Università di Ferrara

Michele PIFFERI
Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Ferrara

Renzo ORLANDI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Bologna

Luigi LACCHÈ
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Ettore DEZZA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Pavia

Tommaso RAFARACI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Catania

Andrea SCELLA
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Udine

Lorenzo ZILLETTI
Avvocato

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Baldassare PASTORE
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Ferrara

Claudia STORTI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano

Floriana COLAO
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Giulio GARUTI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Modena e Reggio Emilia

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano

Giovanni CHIODI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano Bicocca

Enrico MARZADURI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Pisa

Giulio ILLUMINATI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Bologna

Loredana GARLATI
Prof. Strardinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano Bicocca

Claudia CESARI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Macerata

Roberto E. KOSTORIS
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Padova

Ennio AMODIO
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Milano

Giorgia ALESSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università Federico II di Napoli

Marco Nicola MILETTI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Foggia

Giuseppe DI CHIARA
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Palermo

Francesco PALAZZO
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Firenze

Mario CHIAVARIO
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Torino

© Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Milano