



Università degli Studi  
**Mediterranea**  
di Reggio Calabria

**Università Mediterranea di Reggio Calabria**  
**Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane**  
**Diritto processuale penale – prof. A. Capone**

---

**Arturo Capone**

## **INTRODUZIONE AL PROCESSO PENALE**

*Storia, cultura e principi*

# INDICE

## Sezione 1 – Cultura del processo penale

Cap. I – Processo penale, garanzie e verità	p. 1
Cap. II – Antropologia del processo	p. 8
Cap. III – Lo scopo del processo	p. 15
Cap. IV – Modelli teorici e sistemi storici	p. 19
<i>Bibliografia e Galleria</i>	p. 23

## Sezione 2 – Storia del processo penale

Cap. I – Il processo nell’età alto-medievale	p. 26
Cap. II – Il processo nell’età del diritto comune	p. 32
Cap. III – Il processo nell’età della codificazione	p. 37
Cap. IV – Il codice Rocco	p. 43
Cap. V – La svolta accusatoria. Il codice del 1988	p. 49
Cap. VI – Dal riflusso inquisitorio al “giusto processo”	p. 58
Cap. VII – Il processo penale oggi	p. 64
<i>Bibliografia e Galleria</i>	p. 69

## Sezione 3 – Processo penale e Costituzione

Cap. I – Le regole sul processo	p. 75
Cap. II – Le libertà fondamentali del cittadino	p. 88
Cap. III – I diritti processuali dell’imputato	p. 91
Cap. IV – La magistratura	p. 101
<i>Bibliografia e Galleria</i>	p. 108

# Sezione 1

## CULTURA DEL PROCESSO PENALE

### Capitolo I

#### PROCESSO PENALE, GARANZIE E VERITÀ

##### 1 – Processo e politica

###### *Premessa*

Nelle società moderne la produzione di diritto costituisce una delle principali manifestazioni della sovranità; vi è perciò una naturale connessione tra diritto e politica.

Se si circoscrive lo sguardo alla materia del processo penale, quella connessione appare ancora più intensa; vi sono almeno quattro aspetti del processo penale che, in astratto o in concreto, presentano un grande rilievo politico.

###### *Il processo come linea di confine tra autorità e libertà*

Nel processo penale tutta la collettività, impersonata nelle sue varie articolazioni dal pubblico ministero, dal giudice e dal pubblico, è chiamata a raccolta, a tutela degli interessi lesi dal reato, a giudicare una persona, che si trova – improvvisamente – sola contro tutti. Sotto questo profilo la quantità e la qualità dei diritti che sono riconosciuti all'imputato nel processo rispecchiano abbastanza fedelmente il rapporto vigente all'interno di una determinata compagnia sociale tra Stato e individuo, tra autorità e libertà.

Non a caso i conflitti politici in ordine alla concezione, alla struttura e alle funzioni dello Stato trovano un campo di battaglia privilegiato proprio nella disciplina del processo penale. È guardando al processo penale che ci si può rendere conto se lo Stato ha carattere liberale o reazionario.

Sotto questo profilo la disciplina del processo penale ha un rilievo intrinsecamente costituzionale. Ed infatti in tutte le più o meno recenti dichiarazioni universali dei diritti che la storia ha conosciuto, volte a definire il campo intangibile dei diritti del cittadino nei confronti dell'autorità, hanno un larghissimo spazio proprio i diritti processuali.

###### *Il processo come instrumentum Regni*

La concreta gestione dei processi penali, e in seguito il monopolio della correlativa disciplina, ha da sempre costituito un importante strumento di governo.

Infatti, i casi concreti che costituiscono oggetto dei processi penali spesso mettono in gioco questioni politiche che l'autorità costituita desidera siano affrontate e risolte in una certa direzione. È dunque fisiologico che essa mostri una particolare attenzione alla

celebrazione e all'esito di certi processi, ad esempio quando ad essere turbati dal reato sono la stabilità politica, l'ordine pubblico, gli assetti economico sociali, etc.

Questa rilevanza politica del processo è ancora più palese quando la battaglia politica viene combattuta o in forme extralegali, ad esempio con modalità terroristiche, o attraverso la criminalizzazione dell'avversario, ad esempio mettendo fuori legge i partiti di opposizione. In questi casi lotta politica e giudiziaria diventano una cosa sola.

### *Il processo come fabbrica del consenso*

I casi concreti che costituiscono oggetto dei processi penali non sempre hanno di per sé un rilievo politico; in larga maggioranza si tratta di fatti che meriterebbero un breve trafiletto nella sezione di cronaca dei quotidiani. Quando però stampa, televisione o rete mostrano nei confronti di singole vicende giudiziarie un certo interesse, queste assumono sempre un rilievo politico indiretto. Infatti anche nei confronti della criminalità comune, o comunque bagatellare, l'autorità, per stabilire o rinsaldare il rapporto di fiducia con la collettività, nonché per sconfiggere la concorrenza di eventuali forze politiche alternative, ha interesse a presentarsi come l'unico soggetto in grado di soddisfare il diffuso bisogno di sicurezza.

### *Il processo come esempio di biopolitica*

Un filosofo francese della metà del secolo scorso, Michel Foucault, ha sostenuto che a partire dall'età moderna le forme di manifestazione del potere hanno mutato logica e struttura. In una società di tipo tradizionale il suddito, cui è richiesto essenzialmente di versare i tributi, fare il soldato e rispettare le leggi, entra nel campo di interesse del potere, che coincide con il sovrano, solo quando assume un comportamento deviante, al quale segue una sanzione; spesso la morte. Con l'affermazione dei diritti e con l'emergere, in luogo del suddito, del soggetto politico, il potere appare policentrico e diffuso e si estrinseca attraverso una rete di saperi e di pratiche che mirano a disciplinare in positivo il soggetto in ogni aspetto della sua vita. Dal divieto, che esclude, si passa al disciplinamento, che manipola. Foucault definisce questo secondo modo di presentarsi del potere come "biopolitica". Alcuni luoghi, il manicomio o il carcere, le cosiddette "istituzioni totali", costituiscono senza dubbio l'estrema realizzazione pratica del disciplinamento.

I tempi e i luoghi del processo penale possono essere considerati, sotto molti profili, espressione di "biopolitica". Infatti già prima della vera e propria esecuzione della pena, quando nell'ingranaggio penale si trova ancora soltanto un imputato, le regole, ma soprattutto la prassi del processo – accompagnamento coattivo, interrogatori, intercettazioni, perquisizioni, sequestri, detenzione preventiva, pubblicità delle udienze, etc. – definiscono un contesto che potremmo considerare non sanzionatorio, ma intensamente disciplinare. In altre parole nel processo il potere (del giurista, del magistrato, del carabiniere o del secondino) penetra nella sfera del soggetto, fino a catturare la vita (dell'imputato) nella sua dimensione strettamente biologica, riducendo la persona a "corpo vivente", oggetto di assoggettamento, manipolazione, rieducazione, etc. Si tratta in effetti dell'esito moderno di strutture arcaiche, che fondano il processo essenzialmente su due basi: tortura e confessione.

Si tratta di un tema particolarmente attuale in quanto dalla perversa interazione tra la natura intrinsecamente scandalistica dei mezzi di comunicazione di massa e la logica manipolatoria del potere politico scaturisce sovente quella che ormai comunemente viene chiamata “deriva securitaria”: l’artificioso incremento della percezione sociale del dilagare della criminalità, non di rado venata di sfumature xenofobe, viene sfruttato dalle forze politiche per catturare il consenso con programmi elettorali o direttive di governo orientate al rigore e all’esemplarità della repressione penale. La logica dell’emergenza e dell’allarme sociale finiscono così per entrare nella disciplina del processo, e nelle singole vicende processuali, condizionandone gli esiti.

## 2 – Processo e verità

### *L’oggetto del processo*

Al centro di ogni processo penale vi è l’esigenza di sapere se l’imputato è colpevole o innocente. In termini appena più tecnici si può dire che oggetto del processo penale è la fondatezza dell’ipotesi avanzata dall’accusa. Il processo penale costituisce perciò anche una sorta di tecnica sociale diretta a garantire che la ricostruzione del fatto accolta con la sentenza definitiva possa essere considerata vera.

Naturalmente ogni tipo di processo, non solo quello penale, presenta questo aspetto. Ma nel processo penale, più che in ogni altro, non ci si può accontentare di formalismi o verità sulla carta; occorre stabilire come sono andate realmente le cose.

### *Processo ed epistemologia contemporanea*

Dato l’oggetto del processo, si pone un interrogativo fondamentale: come si fa a scoprire la verità? Le risposte, nel tempo e nello spazio, sono sempre state molteplici. In questa prospettiva si può dire che le regole sull’accertamento giudiziale costituiscono una traduzione pratica delle convinzioni più diffuse nell’ambito di una società in ordine a un problema strettamente filosofico: il problema della conoscenza.

Va ora notato che, sebbene da sempre sia nota l’alta fallibilità del processo e l’incombente rischio di un errore giudiziario, nella nostra società la pretesa di verità del processo può apparire quasi come un vero e proprio anacronismo.

L’età contemporanea infatti non beneficia più dell’antica sicurezza sulla intelligibilità del mondo, garantita dalla collocazione di Dio a suo fondamento unitario e dalla conseguente fiducia negli strumenti della conoscenza umana – ragione ed esperienza – che ha contraddistinto gran parte della storia dell’Occidente. Conoscenza e verità sono concetti di cui, tanto nella riflessione filosofica quanto in quella scientifica, oggi si è in grado di predicare soltanto il carattere estremamente problematico.

### *Verità reale e verità processuale*

Perciò, nonostante sul piano pratico il processo penale abbia conseguenze davvero drammatiche (ad esempio la condanna di un uomo alla reclusione a vita), è diffuso un certo scetticismo sulla capacità dello strumento di accettare la verità. In questa prospettiva si ama molto spesso ripetere che può essere colta non la verità “reale”, ma solo la verità

“processuale”, quella più plausibile sulla base delle prove agli atti, non certo la verità assoluta.

Si tratta di un’opinione in qualche misura ingenua e un poco ambigua. Anzitutto non è chiaro chi possa affermarsi detentore di questa verità reale, cui comparare la verità processuale, e con quale miglior metodo (intuizioni soggettive? Umori popolari?) la prima possa essere conseguita. Inoltre, senza dubbio uno sguardo disincantato sulle vicende del processo può certamente giovare, specie nella misura in cui induca a perfezionare sempre meglio lo strumento; c’è però il rischio che lo scetticismo teorico conduca a una certa rilassatezza nell’accertamento, e ad accentuare la spinta verso una sorta di decisionismo processuale, per cui, non potendosi raggiungere la verità, almeno si garantisce l’efficienza. Occorre invece ribadire che la capacità di cogliere la verità continua a costituire l’obiettivo politico del processo, che deve sempre tendere, con il massimo rigore possibile, a un’attendibile ricostruzione del fatto.

### *Il giudice e lo storico*

Occorre sottolineare, poi, che ‘verità’ è termine generico, che va articolato a seconda dell’oggetto delle proposizioni di cui si intende predicarla, perché può cambiarne il fondamento cognitivo.

È chiaro infatti, anzitutto, che in linea di massima è estranea (non al diritto in generale né al diritto penale in particolare, ma) all’accertamento del fatto cui tende il processo la disputa sui valori. Nel processo si tratta di affermare una verità in ordine a sfere della conoscenza diverse da quelle che toccano la dimensione esistenziale e morale dell’uomo, nelle quali prevale inevitabilmente una prospettiva soggettiva: si discute invece di fatti di cui si ipotizza che, seppure transitoriamente, abbiano fatto parte del mondo fisico.

Tali fatti non sono indagabili secondo i metodi che normalmente si impiegano per le verità di natura, la cui conoscenza di regola è affidata alle discipline scientifiche (chimica, fisica, biologia, etc.). In quegli ambiti il sapere è rivolto prevalentemente alla formulazione di ipotesi a carattere generale (le leggi scientifiche), in grado di spiegare fatti che sono oggetto di rilevazione empirica o sperimentale. Ma anche qualora ci si dedichi a eventi singoli, questi devono sempre trovare una spiegazione sulla base di ipotesi di carattere generale.

Il processo penale, al contrario, ha ad oggetto l’accertamento di eventi singoli, e questi eventi singoli sono comportamenti umani accaduti nel passato. Essi perciò non possono essere oggetto di osservazione diretta, non possono essere riprodotti in via sperimentale né tanto meno essere dedotti sulla base di leggi scientifiche. Si tratta perciò di ricostruirli pazientemente in via ipotetica sulla base di altri fatti, percepibili sulla scena giudiziaria, con valore di prove. Ecco perché un’opinione tradizionale, mai seriamente confutata, tende ad assimilare il lavoro del giudice a quello dello storico.

Si può dire così che oggetto del processo non è il vero filosofico o di natura, ma il fatto dell’uomo, il quale senza dubbio è imprevedibile e irripetibile, ma non strutturalmente inconoscibile.

## **3 – Il problema del garantismo**

### *Ideologia del garantismo*

La disciplina processuale penale, imponendo ai soggetti del processo un certo *modus operandi* e riconoscendo all’imputato una serie di diritti, è di regola improntata a uno spiccato formalismo. Questo formalismo normalmente viene considerato come il concreto limite che un determinato ordinamento pone ai pubblici poteri nei confronti del cittadino. Esso perciò, alla luce delle riflessioni svolte sui rapporti tra diritto e politica, ha soprattutto una funzione di garanzia.

Nel dibattito politico italiano il vocabolo ‘garantismo’ è entrato nell’uso comune nel corso della stagione della lotta al terrorismo, contraddistinta da un lato da una violenza bruta e diffusa e dall’altro da una repressione condotta talvolta con metodi autoritari.

È difficile definire una volta per tutte quale sia il completo catalogo dei diritti processuali sufficienti a dare al processo una connotazione garantista. Senza dubbio oggi, per noi, il quadro di riferimento è dato dal c.d. “giusto processo” quale emerge dall’art. 111 Cost. e dall’art. 6 C.e.d.u.

Rispetto a un determinato ordinamento processuale, tuttavia, l’ideologia del garantismo non ha mai una funzione meramente ricognitiva dell’esistente, ma assume sempre una funzione dialettica. Essa infatti in primo luogo mira a segnalare *de iure condendo* la distanza tra l’attuale disciplina del processo penale e i diritti processuali che si ritiene debbano essere introdotti.

In secondo luogo, mira a combattere proposte di riforma orientate in senso conservatore o reazionario. Quando le garanzie trovano un esplicito riconoscimento a livello primario, spesso sono i giudici delle leggi a svolgere obiettivamente questa funzione, dichiarando invalide le leggi che dovessero contrastare con i diritti riconosciuti dalla Costituzione

Infine, ed è la funzione storicamente più importante, l’ideologia del garantismo mira a impedire che esigenze extraprocessuali, ad esempio politiche o di ordine pubblico, possano condurre a un affievolimento in concreto, nella gestione dei singoli processi, delle garanzie pur astrattamente riconosciute. In questa prospettiva il garantismo costituisce soprattutto un argine legalitario rispetto a prassi giudiziarie devianti.

### *Garantismo e verità*

Bisogna però chiarire in che rapporto si pongono tali garanzie con la funzione cognitiva, di accertamento della verità, propria del processo penale. In altre parole, le norme processuali che stabiliscono delle garanzie per l’imputato sono funzionali all’accertamento della verità oppure, rispetto a tale fine, costituiscono un ostacolo?

Nel primo senso si pronunciano coloro i quali ritengono che le forme processuali, imponendo un certo metodo, impediscono che la spinta della società e dell’autorità verso la “creazione” di un colpevole conduca ad un errore giudiziario. Garantismo e verità processuale sarebbero perciò termini non solo non antitetici, ma inscindibili, nella misura in cui solo l’accusa che abbia superato la “prova” del giudizio potrebbe considerarsi storicamente fondata.

Secondo altri, invece, le forme processuali non trovano fondamento nell’epistemologia processuale, ma solo nei diritti fondamentali dell’individuo. Il garantismo, insomma, costituirebbe un’ideologia politica, senza dubbio ben intenzionata, ma non direttamente connessa con la pretesa di verità propria del processo penale.

Questi due modi di pensare hanno conseguenze pratiche assai diverse e molto rilevanti. In particolare, nelle situazioni di grande allarme sociale, quando si considera la sicurezza dell’intera collettività in grande pericolo, in base al primo modo di pensare occorre rispettare ancora più scrupolosamente le forme processuali, per evitare che la pressione sociale conduca ad errori giudiziari; in base al secondo modo di pensare, in quelle situazioni le forme processuali appaiono d’impaccio, si torna a puntare tutto sull’efficienza del processo e i diritti dell’imputato, di diritto o di fatto, vengono affievoliti.

### *La tortura*

L’idea che in fondo le forme processuali costituiscano un ostacolo rispetto alla ricerca della verità è quella che ha sempre sostenuto la drammatica e persistente presenza, in superficie o sotto traccia, della tortura quale strumento di accertamento.

Quando si parla di tortura occorre distinguere fenomeni diversi: la tortura “investigativa”, che mira a ottenere in modo violento e spicchio informazioni utili al proseguimento delle indagini; la tortura “processuale”, intesa come vero e proprio mezzo di prova diretto a ottenere la confessione dell’imputato; la tortura “esecutiva”, che riguarda le modalità con cui viene irrogata la pena. Da queste forme di tortura, che pure appartengono in modo abnorme al campo del diritto, occorre poi distinguere la tortura intesa come pura e semplice violenza, esercitata senza alcun fine nei confronti di un soggetto sottoposto legittimamente o illegittimamente alla restrizione della libertà; qui siamo nel campo della pura anomia.

Ebbene la tortura non può essere rimossa psicologicamente attribuendola a lontani secoli bui: la tortura è attestata nel diritto romano, ha accompagnato per lunghi secoli l’epoca moderna, inclusi periodi di grande splendore artistico e culturale, dal Rinascimento al Secolo dei lumi, ed è stata formalmente abolita in Europa soltanto nel corso dell’Ottocento. Fino a poco tempo fa, insomma, ha fatto parte a pieno titolo degli istituti del diritto processuale penale di tutta Europa, oggetto di apposita disciplina e riflessione dottrinale.

Ciò che è scomparso, probabilmente in modo definitivo, è la tortura “processuale”, intesa come mezzo di prova diretto a ottenere nel giudizio la confessione dell’imputato. È sempre invece latente la tentazione di ricorrere alla tortura “investigativa”, in particolar modo diretta a ottenere il nome dei complici nella commissione del reato di cui è accusato chi viene ad essa sottoposto. Possono ricordarsi in tal senso le torture praticate dalle forze di occupazione francesi negli anni Cinquanta nel corso della battaglia per l’indipendenza algerina, che fecero all’epoca un grande scalpore, così come le torture praticate in Italia nella stagione del terrorismo, tra la fine degli anni Settanta e i primi anni Ottanta, che invece non sono mai realmente diventate oggetto di dibattito pubblico nel nostro paese.

Di recente la tortura, finora praticata nei paesi occidentali solo illegalmente, ha trovato un clamoroso riconoscimento legale negli Stati Uniti (peraltro con l’avallo teorico di un discreto numero di giuristi). Dopo gli attentati dell’11 settembre 2001, che condussero alla distruzione a New York delle Torri gemelle e alla morte di circa duemila persone, il Presidente degli Stati Uniti, in forza di una sorta di delega in bianco da parte del Congresso, ha adottato un decreto che ha autorizzato la detenzione di persone classificate come “combattenti nemici”, assegnandole a commissioni militari. È stato perciò istituito il campo di internamento a Guantanamo, a Cuba, nel quale i detenuti considerati

“combattenti nemici” non godono né dello *status* di prigionieri di guerra, né delle garanzie processuali ordinarie, in quanto residenti fuori dal territorio americano. Di conseguenza il Dipartimento della difesa ha autorizzato in via generale negli interrogatori l’uso delle tecniche di categoria II: uso di documenti falsi, isolamento fino a 30 giorni, interrogatori della durata di 20 ore, privazione degli stimoli, incappucciamento, denudamento, taglio di barba e capelli, sfruttamento delle fobie (ad es. uso dei cani). Una specifica autorizzazione del Dipartimento è stata richiesta invece per ricorrere alle tecniche di categoria III, tra cui il c.d. *waterboarding*, che produce nella vittima, legata ad un’asse inclinata con i piedi in alto e la testa in basso e semi soffocata con tessuti e acqua, la sensazione fisica e psicologica dell’annegamento. Va notato che una recentissima inchiesta di una commissione del Congresso americano ha concluso che, nonostante la palese violazione dei diritti umani, grazie alla tortura praticata a Guantanamo non si è raggiunto alcun significativo risultato investigativo.

La tortura è indirettamente evocata nel nostro codice di procedura penale dall’art. 188 c.p.p., a norma del quale nell’assunzione di dichiarazioni «non possono essere utilizzati, nemmeno con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti».



## Capitolo II

# ANTROPOLOGIA DEL PROCESSO

### 1 – Lo spazio del processo

#### *Premessa*

In modo estremamente schematico, si può dire che l’antropologia è una disciplina che ha ad oggetto le culture di altri popoli lontani nel tempo o nello spazio. Essa non muove (soltanto) da un gusto per l’esotico: l’antropologia ha una vocazione riflessiva, nel senso che insegna anche a guardare alla nostra società dal punto di vista dell’altro. In questo rispecchiamento può accadere di rendersi conto che alcuni nostri modi di pensare, che consideriamo oggettivi, sono in realtà culturalmente condizionati (ed assenti o assai diversi in altre società); oppure, al contrario, di trovare inaspettati punti di contatto con società assai lontane dalla nostra, che considereremmo “primitive”. In breve, grazie all’antropologia possiamo prendere coscienza di tratti della nostra cultura che, essendo per noi troppo familiari, diversamente non avremmo saputo cogliere.

Un’indagine antropologica sul processo mira dunque non solo a verificare in che modo viene gestito in culture diverse ciò che la nostra società affronta con un processo, ma anche quali sono i condizionamenti culturali attraverso i quali noi guardiamo al processo.

Per selezionare le esperienze rilevanti, ai fini di un pur sommario sguardo antropologico, conviene partire da alcuni elementi piuttosto generici che appaiono contraddistinguere ciò che consideriamo un processo penale: un crimine, un giudice, una decisione, una pena.

Seguendo questa traccia, guardiamo come è stato strutturato il processo penale in due società, una assai lontana nel tempo, ma culturalmente vicina, e una vicina nel tempo, ma culturalmente lontana.

#### *Il giuramento dell’acqua amara nella legge mosaica.*

Nell’antico testamento si stabilisce che una donna che abbia commesso un’infedeltà, senza che vi siano testimoni, o anche una donna innocente, quando «lo spirito della gelosia si impadronisca del marito», vada condotta davanti al sacerdote con un’offerta.

Il sacerdote prende dell’acqua santa da un vaso, della polvere dal pavimento del tempio e le unisce. Scopre il capo della donna e dice: «Se nessun uomo ha avuto rapporti disonesti con te e se non ti sei traviata per contaminarti ricevendo un altro invece di tuo marito, quest’acqua amara, che porta maledizione, non ti faccia danno. Ma se ti sei traviata ricevendo un altro uomo invece di tuo marito e ti sei contaminata e un uomo che non è tuo marito ha avuto rapporti disonesti con te, il Signore faccia di te un oggetto di maledizione e di imprecazione in mezzo al tuo popolo, facendoti avvizzire i fianchi e gonfiare il ventre». Poi fa giurare la donna e le fa bere l’acqua amara.

Se la donna ha commesso l’infedeltà il ventre le si gonfierà, i fianchi le si avvizziranno ed essa sarà oggetto di maledizione tra il popolo. Se è innocente non le accadrà nulla, sarà riconosciuta innocente e potrà avere figli (Numeri, 5, 11-31).

### *Le giurisdizioni Gacaca in Ruanda.*

In Ruanda, al termine della sanguinosa guerra civile tra Hutu e Tutsi del 1994, l’altissimo numero di vittime e carnefici portò praticamente alla paralisi delle giurisdizioni nazionali ordinarie. Una legge del 2000 istituì perciò le giurisdizioni *Gacaca*, riportando in auge un modello di giustizia tradizionale che era stata soppiantata dai modelli occidentali. *Gacaca* significa «praticello», spazio sociale di incontro della comunità.

L’unità territoriale di base è la “cellula” in cui operano l’Assemblea generale, vale a dire tutti i residenti nel territorio, e il *Siège*, il collegio giudicante, che viene eletto dall’Assemblea generale tra persone considerate integre. L’Assemblea generale svolge un lavoro preliminare di raccolta delle informazioni su tutti i decessi avvenuti nel territorio della cellula all’epoca del genocidio, attraverso riunioni in cui ciascuno viene invitato a narrare ciò che sa; si redigono dei *cahiers d’activité*, che documentano questa istruttoria collettiva popolare e si giunge a una lista di tutte le persone accusate dei crimini. Le accuse vengono suddivise in quattro categorie, in relazione alla gravità del crimine: quelle per reati meno gravi restano alla cellula; gli altri vanno a giurisdizioni superiori che hanno base territoriale via via più ampia, anch’esse composte da un’Assemblea generale, composta da persone provenienti dalle Assemblee generali inferiori, e da un *Siège*, eletto dall’Assemblea generale.

Uno degli obiettivi esplicativi delle giurisdizioni *Gacaca* è quello di condurre alla confessione dell’imputato, incentivata da una significativa riduzione di pena. Le confessioni vengono lette pubblicamente davanti alla popolazione riunita, che può accogliere, respingere o modificare il contenuto fattuale delle confessioni.

I membri del *Siège* hanno espressamente il compito di invitare i più timidi e le donne a parlare. Se necessario possono anche disporre l’arresto degli accusati, che viene eseguito dalle forze di polizia presenti all’udienza. Si riuniscono poi segretamente per pronunciarsi sulla colpevolezza. Le pene variano in relazione alla circostanza che sia stata resa una confessione prima dell’accusa, dopo l’inserimento nella lista degli accusati, o non sia stata resa alcuna confessione.

### *La dinamica penale: trasgressione e punizione*

Guardiamo le differenze di questi due tipi di processi tra loro e confrontiamoli con il nostro processo penale odierno.

	<i>Legge mosaica</i>	<i>Giur. Gacaca</i>	<i>C.p.p. 1988</i>
<i>Accusatore</i>	Privato	Comunità	Professionista
<i>Giudice</i>	Sacerdote	Popolare/elettivo	Professionista
<i>Verità</i>	Soprannaturale	Collettiva	Tecnica

Come può vedersi nello schema, gli elementi fondamentali che caratterizzano un processo possono essere diversissimi. Quali sono allora gli elementi comuni?

Anzitutto possiamo notare che il processo penale si colloca al centro di una dinamica, che è quella tipica della sfera penale sostanziale, che muove da una trasgressione e termina con una punizione.

Per quanto riguarda il primo dei due termini, parliamo di trasgressione perché non basta una condotta criticabile o dannosa: occorre l'infrazione di un valore su cui si fonda il gruppo sociale. Di regola dunque la dimensione penalistica, presupponendo valori comuni, è interna a una data comunità; non a caso le guerre e le paci, che definiscono i rapporti con gruppi diversi, di regola non appartengono ai fenomeni processuali. Nei valori la cui trasgressione mette in moto il sistema penale ci sono alcune costanti (ordine sacro, ordine politico e ordine sociale) e molte variabili, legate alla contingente promozione di determinati interessi privati a interessi collettivi.

Per quanto riguarda il secondo dei due termini, le punizioni minacciate ed eventualmente irrogate in conseguenza della trasgressione penale sembrano riconducibili a due categorie: a) inflizione di un male; b) esclusione dalla comunità. Alcune pene infatti hanno un carattere espiatorio/vindicatorio, come la c.d. legge del taglione, ossia si traducono nella riaffermazione esemplare dei valori trasgrediti mediante una vera e propria ritorsione sul corpo del responsabile, che dovrebbe “riequilibrare” l’asimmetria generata dal delitto nell’ordine giuridico. Altre pene invece scelgono la strada dell’allontanamento transitorio o definitivo dalla comunità. Appartengono a questo genere la sacertà romana, la scomunica ecclesiastica, il bando medievale. Il carcere naturalmente, anche se l’esclusione si trasforma in reclusione, va inserito in questa categoria.

### *Lo spazio del processo*

Non necessariamente la punizione di una trasgressione richiede l’istituzionalizzazione di un segmento intermedio tra l’una e l’altra. L’esperienza storica fornisce diversi esempi nei quali tra reato e pena non si inserisce alcun processo.

1) Nel diritto romano più arcaico il *rex*, quando opera come comandante militare, dispone della *coercitio*, che per i reati che mettono in pericolo la sicurezza dello Stato gli consente di far applicare direttamente la pena: fustigazione e decapitazione.

2) Nei comuni medievali, in cui la giustizia era amministrata dal podestà, nei momenti più intensi della conflittualità politica (ad es. a Firenze tra Guelfi e Ghibellini), si dava l’ordine di punire i responsabili di reati “sovversivi” *sine iudicio*, spesso scatenando una sorta di “caccia” popolare al reo.

3) Nel diritto francese *ancien régime* rientra nei poteri sovrani l’emanazione di *lettres de cachet* con cui si può direttamente ordinare la reclusione di un determinato soggetto *sine die*. Sulla base di una *lettre de cachet* il marchese De Sade viene recluso senza processo per 14 anni.

4) In Argentina tra il 1976 e 1983 sotto il regime militare la repressione del dissenso politico è stata portata avanti illegalmente, ma ad opera dello stesso Governo, mediante la prassi della *desaparición*, che ha portato alla eliminazione di un numero compreso tra 10.000 e 30.000 persone.

5) L’art. 241 del codice penale militare di guerra italiano, abrogato solo con la legge n. 589 del 1994, rubricato “Coercizione diretta”, richiamando nel nome e nella sostanza l’istituto romano arcaico, stabiliva che «nella flagranza di alcuno dei reati di

disobbedienza, insubordinazione, ammutinamento o rivolta, ovvero di alcuno dei reati dei prigionieri di guerra nemici [...] commessi a bordo di una nave militare o di un aeromobile militare, il comandante, qualora, per effetto del reato, vi sia pericolo imminente di compromettere la sicurezza della nave o dell'aeromobile, o la loro efficienza bellica, può immediatamente passare o far passare per le armi coloro che risultino manifestamente colpevoli».

Una seconda caratteristica comune alle pur diversissime esperienze in cui abbiamo sommariamente ravvisato i tratti di un processo sta dunque nello spazio fisico e temporale che separa trasgressione e punizione. Il processo impone allo svolgimento della tipica dinamica penale una sorta di sospensione.

Questa considerazione consente di ridimensionare un convincimento assai diffuso, secondo cui il processo servirebbe all'attuazione del diritto penale sostanziale. Al contrario esso, a ben guardare, sembra svolgere semmai una funzione opposta, quella di impedire, interponendosi, una sua immediata attuazione. In questa prospettiva si potrebbe dire che il principio di matrice illuminista espresso con la formula *nulla poena sine iudicio* – nessuna sanzione penale può essere irrogata senza un previo giudizio che abbia accertato la responsabilità – coglie in effetti un dato strutturale del processo penale.

## 2 – Il processo come rito

### *I caratteri del rito*

Un dato ulteriore osservabile in tutte le esperienze storiche e sociali esaminate è che lo spazio del processo è strutturato in una forma rituale.

Non si tratta di sottolineare solo il frequente svolgimento del processo secondo sequenze di atti tipici; parliamo di rito in un significato più specificamente antropologico, come rappresentazione simbolica che, attraverso una adeguata sollecitazione emotiva e corporea di protagonisti e spettatori della rappresentazione, produce un certo effetto psicologico e sociale.

I riti, specie nelle società tradizionali, sono spesso contraddistinti da segni, che in un certo senso mettono tra virgolette le azioni che si compiono, denunciando la loro natura simbolica. Alcuni tratti caratteristici del nostro processo appaiono in questa prospettiva ancora assai significativi: a) toghe, berretti, parrucche spersonalizzano gli attori del processo, trasformandoli in maschere che li imprigionano nella loro veste istituzionale; b) la scena è allestita secondo schemi non troppo dissimili da quelli di una funzione sacra: il banco dell'autorità è in fondo; davanti accusa, difesa e testimoni ruotano intorno a uno spazio vuoto, forse il luogo dove la giustizia è chiamata a manifestarsi. Il pubblico dei laici è chiamato a partecipare, ma in uno spazio separato da quello ove si svolge il *clou* della celebrazione; c) la lenta ma inesorabile sequenza degli atti induce una percezione del tempo alterata, non comparabile col fluire ordinario degli eventi; d) il processo si celebra in una lingua, quella tecnico giuridica, arcana, oscura ai più, che avvolge ancora di più nel mistero il significato di ciò che accade.

Un altro dato piuttosto evidente è costituito dal fatto che il processo penale appare strettamente implicato, sotto molti profili, con la violenza.

Anzitutto il presupposto del processo – la trasgressione da cui prende il via la dinamica penale – è spesso costituito da un’azione violenta.

La notizia del delitto prima e la esibizione di un possibile responsabile poi scatenano una risposta emotiva nella comunità (nelle persone vicine all’accusato, nelle persone vicine alla vittima, nel pubblico in generale), che spesso innesca – quasi per contagio – una spirale di violenza reattiva.

Lo stesso processo esibisce poi un apparato coercitivo che nella maggior parte dei casi si traduce nell’esercizio di ulteriore violenza nei confronti dell’accusato. Si pensi alla violenza psichica che viene esercitata sulla donna sottoposta al giuramento dell’acqua amara o sulla persona che viene accusata da mille e incontrollabili voci davanti a tutta la sua comunità; oppure, per guardare dentro casa nostra, si pensi alla millenaria pratica della tortura come modalità di svolgimento ordinario del rito processuale o a tutte le forme di coercizione esercitabili *ante poenam*: accompagnamento coattivo, arresto, fermo, misure cautelari, etc.

Infine, il processo termina con l’irrogazione della punizione, che spesso costituisce a sua volta esercizio di violenza.

Nel processo, dunque, la violenza è in qualche modo convocata, contenuta ma anche praticata.

### *Le funzioni del rito*

Lo spazio del processo è dunque strutturato in forma rituale ed appare diretto ad una sorta di gestione, pur assai problematica, di un’immanente violenza. Si tratta perciò della creazione di un contesto artificiale nel quale emozioni o sentimenti potenzialmente disgregatori possono essere manifestati in un ambiente controllato, che consenta di incanalarli e in qualche modo riassorbirli nelle strutture sociali esistenti.

Questa primaria funzione di gestione della violenza può essere perseguita attraverso varie modalità, alternative o più spesso compenetrate, che danno al processo una diversa coloritura.

1) *Il processo come rito sacrificale.* La violenza che si è manifestata con il delitto rischia di propagarsi per contagio o reazione vindicativa, aumentando progressivamente di intensità, fino a diventare endemica. Il processo potrebbe assumere allora le sembianze di un rito sacrificale nella misura in cui mira a contenere la deriva della violenza incontrollata, scaricando le pulsioni distruttive o disgregatrici in forme legittime sulla vittima espiatoria.

Un processo di questo tipo, evidentemente, è molto più interessato ad una rapida condanna che alla scoperta della verità. Il suo massimo fallimento è l’assoluzione dell’imputato.

2) *Il processo come rito di ristabilimento della coesione sociale.* La trasgressione dell’ordine posto a fondamento della società – abbiamo detto – determina una lacerazione della coesione sociale. Il processo convoca i soggetti coinvolti, l’accusato, la vittima, il pubblico, consentendo loro di agire nella scena giudiziaria, ma obbligandoli a esprimersi nelle forme rituali (si pensi alla traduzione dei desideri e delle aspettative delle parti in termini giuridici da parte degli avvocati). In questa prospettiva il rito può servire a

## 1.1 – CULTURA DEL PROCESSO PENALE

ricondurre le tensioni emotive potenzialmente disgregatrici a un linguaggio comune, ricostituendo la trama sociale spezzata.

Un processo di questo tipo, che mira in sostanza a ristabilire la coesione sociale intorno a una verità comune, o comunque ufficiale, potrebbe essere un po' troppo interessato (con le buone o le cattive) a ottenere la confessione dell'imputato, che sola può consentire, a beneficio della società turbata dal delitto, di riscrivere la vicenda nei termini di un racconto condiviso.

## Capitolo III

# LO SCOPO DEL PROCESSO

### 1 – La difesa della società

Un dibattito antico e forse interminabile occupa gli studiosi intorno allo scopo del processo penale. Il tema forse non è del tutto ozioso, in primo luogo perché impone una riflessione sul rapporto tra diritto e processo penale e sulle differenze tra processo penale e processo civile; in secondo luogo perché rende palese il quadro ideologico sottostante a un determinato assetto disciplinare.

Secondo un primo orientamento, che coglie un dato in effetti intuitivo, lo scopo del processo è la difesa sociale.

Senza dubbio, come già si è accennato, nella genesi del fenomeno penalistico c'è sempre un momento in cui la lesione di determinati interessi, anche se fino a quel momento considerati come privati, viene percepita come una minaccia per l'intera società, e quindi si ritiene necessario affidare all'autorità pubblica il compito della sua repressione.

L'espressione «difesa sociale» ha una connotazione lievemente polemica: intende sottolineare che, accanto alla difesa dell'imputato, occorre tenere in adeguata considerazione anche la difesa della società lesa dal reato; nel processo perciò non si fronteggierebbero l'autorità dello Stato e i diritti dell'imputato, ma i diritti di quest'ultimo e quelli del corpo sociale.

Assegnare al processo lo scopo della difesa sociale significa riconoscergli una funzione attuativa del diritto penale sostanziale, finalizzata all'applicazione della sanzione penale: il processo sarebbe nient'altro che lo specifico *modus operandi* di cui si dota l'autorità per combattere il crimine.

L'autore che più di ogni altro è rappresentativo di questo orientamento è Vincenzo Manzini, il giurista più organico al regime fascista, artefice del codice di procedura penale del 1930, secondo cui «l'interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato, in quanto risulti colpevole»; perciò «le norme processuali penali tutelano principalmente l'interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza».

### 2 – La protezione dell'innocente

Un secondo orientamento, in certo qual modo antitetico al precedente, ritiene invece che, se si deve assegnare uno scopo al processo, esso vada ravvisato piuttosto nella protezione dell'innocente.

Accanto all'esigenza penale sostanziale di punizione del responsabile di un reato, infatti, vi sarebbe quella più specificamente processuale penale di verificare *se* la persona nei confronti della quale è stata formulata l'accusa sia effettivamente il colpevole del

reato. Sottoporre a verifica processuale un'accusa serve a evitare che una persona ingiustamente indicata quale responsabile di un reato possa essere condannata per errore. Ecco dunque che, in ultima analisi, lo scopo del processo si risolverebbe nella protezione dell'innocente.

Il penalista più rappresentativo di quest'ordine di idee è Francesco Carrara, il caposcuola del liberalismo penale. Secondo Carrara il diritto penale sostanziale è pensato per tutelare il colpevole. Imputabilità, colpevolezza, tentativo, concorso di persone, concorso di reati, commisurazione della pena, etc. sarebbero tutti istituti che, impedendo ritorsioni incontrollate, mirano ad adeguare la sanzione all'effettiva responsabilità del reo. Al contrario il diritto processuale penale sarebbe pensato per l'innocente. Nel vincolare l'azione della pubblica autorità a un minuzioso *modus procedendi*, nel riconoscere all'imputato il diritto di controllare la legalità di tale azione e di controbattere nel merito l'ipotesi accusatoria, la legge stabilisce le condizioni formali e sostanziali indispensabili perché si possa considerare provata un'accusa. Se l'accusa non regge alla prova del processo, l'imputato va scagionato da ogni addebito; «il rito penale – conclude perciò Carrara con una formula giustamente celebre – è dunque la salvaguardia dei galantuomini».

Questa concezione, che ben si sposa con la considerazione antropologica del processo come spazio che si apre tra trasgressione e punizione, trova oggi un importante riconoscimento positivo. L'art. 27, comma 2, Cost. canonizza infatti la regola della presunzione di innocenza («nessuno può essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva») e contribuisce a definire l'immagine di un processo diretto non tanto a realizzare la pretesa punitiva dello Stato, quanto a subordinare tale realizzazione alla scrupolosa verifica della sua fondatezza.

### 3 – L'accertamento della verità

Un terzo orientamento considera il processo né come strumento nelle mani dell'accusa né come baluardo della difesa, ma, più obiettivamente, come metodo legale di accertamento della verità.

In effetti al centro del processo penale vi è infatti anzitutto l'esigenza conoscitiva di accertare, per mezzo delle prove raccolte, come si sono svolti i fatti oggetto del giudizio. Come si è già detto il processo penale costituisce anche una sorta di tecnica sociale diretta a garantire che le proposizioni con cui nella sentenza definitiva si afferma una certa ricostruzione del fatto, siano esse di condanna o assolutorie, possano essere considerate vere.

Il fine di accertamento della verità si presta a costituire in qualche modo la sintesi e la conciliazione delle teorie della difesa sociale e della protezione dell'innocente. Se si riesce a scoprire come sono andate effettivamente le cose si garantisce che la punizione per il delitto commesso sia diretta esclusivamente nei confronti del vero colpevole.

È opinione comune che il fine di accertamento della verità sia recepito dalla Costituzione. Infatti ai sensi dell'art. 27, comma 1, Cost. la sanzione penale si giustifica solo sulla base della personale responsabilità dell'autore del reato; ai sensi dell'art. 27, comma 2, Cost. la condanna presuppone un definitivo accertamento sulla colpevolezza; ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost. le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, e dunque non sono consentite quando all'imputato non possa essere mosso

alcun rimprovero. In sintesi il necessario collegamento tra pena e responsabilità non può essere garantito che da un accurato accertamento del fatto.

## 4 – La risoluzione delle controversie

Lo scopo di un processo civile, rispetto a quello penale, è più chiaro: si tratta di comporre una lite. Moltissime regole del processo civile manifestano chiaramente l'idea che un processo debba esserci solo laddove sorga una controversia tra le parti; qualora non sorga o venga meno una controversia, cade anche l'esigenza di un processo. Ad esempio, salvi rari casi, l'instaurazione del giudizio è esclusiva competenza di un attore privato, che può poi anche scegliere la strada di una transazione con il convenuto o addirittura abbandonare il giudizio. Inoltre, con buona pace dell'esigenza di un obiettivo accertamento della verità, il giudice non ha il potere di ricercare o acquisire d'ufficio la prova che ritiene utile ai fini della decisione e, senza pretendere di andare oltre, deve mantenere la sua pronuncia nei limiti dell'oggetto del giudizio definito con la domanda di parte.

Tradizionalmente si escludeva la possibilità di attribuire anche al processo penale la funzione di comporre una lite. Si è osservato infatti che non vi è contrapposizione di interessi tra Stato e imputato, perché quest'ultimo potrebbe non essere il reo, e lo Stato non ha interesse alla persecuzione dell'innocente; peraltro a volte, ad esempio con riferimento ai reati commessi con il consenso della vittima, manca in radice un soggetto leso in rappresentanza del quale lo Stato faccia valere la sua pretesa punitiva; l'impossibilità di una transazione sull'oggetto del processo, infine, escluderebbe ogni carattere contenzioso della giurisdizione penale, che interviene, indipendentemente dall'esistenza di una lite.

La teoria della possibile natura contenziosa anche del processo penale è stata però recentemente riproposta in una prospettiva di diritto comparato. Secondo il giurista slavo Mirjian Damaska, infatti, esistono due possibili ed alternativi scopi del processo: la risoluzione delle controversie o l'attuazione di indirizzi politici. La scelta dell'uno o dell'altro, nei vari ordinamenti, sarebbe collegata alla struttura di fondo dello Stato. Vi sarebbero infatti Stati "attivi", nei quali prevale il desiderio di affermare una certa concezione del bene della società, e Stati "reattivi", che non hanno fini propri, nei quali prevale il semplice supporto alla dinamica sociale esistente. I primi vanno identificati soprattutto con gli Stati totalitari; i secondi con i sistemi politici anglosassoni.

Negli Stati attivi anche il processo costituisce uno strumento di attuazione di indirizzi politici. Per queste ragioni, di regola, prevale la sua dimensione pubblicistica: si mette in moto anche in assenza di una controversia, sminuisce il ruolo delle parti e amplia a dismisura i poteri del giudice.

Negli Stati reattivi il processo costituisce invece uno strumento di risoluzione dei conflitti tra privati. Dunque presuppone un'effettiva controversia; ha una struttura rigorosamente formale; attribuisce alle parti, poste in posizione di uguaglianza, un vero e proprio dominio sui meccanismi procedurali; prevede un accertamento del fatto nei limiti delle richieste delle parti e delle prove che le parti stesse ritengano di addurre; non è realmente interessato alla verità (purché il conflitto sia risolto); assegna al giudice un ruolo passivo, di tipo notarile.

L’aspetto lievemente destabilizzante della tesi di Damaska è legato al fatto che anche l’esigenza di accertamento della verità, laddove prevalga sulla stessa volontà delle parti di instaurare o portare avanti una controversia, viene considerato come uno tra i modi di attuazione dell’indirizzo politico dello Stato. Se questo è vero, anche i processi degli Stati democratici dell’Europa continentale, più o meno tutti orientati ad assegnare al processo penale il fine di accertamento della verità, apparterrebbero alla stessa famiglia dei processi degli Stati totalitari. Non a caso Damaska denuncia il carattere ibrido e della posizione dei c.d. giuristi europei i quali tentano di combinare processo di parti e accertamento della verità.

Le tesi di Damaska hanno avuto grande eco in Italia perché il codice di procedura penale del 1988 da un lato ha preso a modello i sistemi accusatori anglosassoni, strutturati anche in ambito penalistico in forma di controversia tra le parti, ma dall’altro, resta dichiaratamente coerente con la finalità cognitiva del processo veicolata dalla Costituzione. L’istituto codicistico più interessante, in questa prospettiva, è il rito speciale che consente l’applicazione di una pena su richiesta concorde del pubblico ministero e dello stesso imputato (il c.d. “patteggiamento”), nel quale i poteri del giudice di controllo e di verifica della storica fondatezza dei fatti sembrano davvero molto limitati. Si discute perciò se con tale istituto il nostro ordinamento si sia aperto a un processo unicamente destinato a risolvere una controversia, indipendentemente dall’accertamento della verità, oppure se esso sia comunque compatibile con il tradizionale fine di accertamento della verità.

# Capitolo IV

## MODELLI TEORICI E SISTEMI STORICI

### 1 – Modelli teorici: inchiesta e giudizio

#### *Amministrazione e giurisdizione*

Qualunque sia lo scopo del processo, e qualunque sia l’ideologia ad esso sottostante, è difficile immaginare strutture processuali che prescindano completamente da un’esigenza di verifica della storica fondatezza dell’accusa rivolta contro l’imputato. Questa considerazione consente ora di ritornare al tema dei rapporti tra processo e teoria della conoscenza in modo più specifico, per sottolineare che ogni tipo di processo deve essere strutturato in modo da garantire un accertamento affidabile. Si apre così un interrogativo di fondo: qual è il modo migliore per scoprire la verità?

L’indagine storica mostra che sul punto si contendono il campo due prospettive alternative.

Alcuni ritengono che la verità – l’obiettivo accertamento dei fatti – possa essere meglio raggiunta affidando a un soggetto particolarmente qualificato e non portatore di interessi propri il compito di ricercarla. Si evoca perciò l’idea di un soggetto imparziale che raccoglie testimonianze e documenti diretti all’accertamento di un fatto storico. Questo modello di accertamento può essere denominato come “inchiesta”.

‘Inchiesta’, che significa “indagine per accertare l’esistenza di un fatto”, viene dal latino *inquirere*, su cui si fonda l’italiano “inquisizione”, e indica nel linguaggio comune l’attività dello storico o del *reporter*. Come vedremo oltre, alcune antiche forme processuali di questo tipo erano chiamate proprio in questo modo.

Se si punta sull’imparzialità dell’organo cui è affidato il compito di amministrare la giustizia, il processo finisce per assomigliare a un qualsivoglia procedimento amministrativo, qualificato dallo specifico interesse collettivo che gli organi dello Stato a ciò preposti sono incaricati di curare: l’accertamento e la punizione dei reati.

Altri ritengono invece che un simile giudice, inevitabilmente condizionato dalla propria mentalità e affezionato alle proprie ipotesi, non riuscirebbe mai a essere effettivamente imparziale e sostengono che un obiettivo accertamento dei fatti possa essere meglio perseguito provocando un confronto, anzi uno scontro, tra prospettive parziali e interessate davanti a un soggetto terzo equidistante.

In tal modo il processo si modella sui caratteri tradizionalmente riconosciuti alla giurisdizione, contraddistinta dall’argomentazione contrapposta delle parti sulle ragioni di fatto e di diritto che sorreggono le rispettive pretese, che si fanno valere davanti a un giudice terzo.

“Giudizio” è perciò quel modello di processo che riflette i caratteri tipici della giurisdizione, ossia dello *ius dicere*.

Queste due prospettive implicano naturalmente strutture di processo assai differenti. In estrema sintesi si può dire che nella prima basta un giudice che indagini, istruisca la causa e giudichi; nella seconda è necessario mettere in scena una contesa tra due parti.

### *Caratteri differenziali*

Proviamo a immaginare in astratto, prescindendo dalle concrete esperienze storiche, quali potrebbero essere gli aspetti strutturali tipici di un processo che si uniformi perfettamente all'uno o all'altro modello. Le differenze principali riguardano quattro profili.

*L'avvio del processo.* Nell'inchiesta la ricerca della verità compete in via esclusiva al giudice in quanto organo imparziale. È fisiologico perciò che sia investito del compito non solo di stabilire se un imputato è colpevole o innocente, ma anche, a monte, di investigare se per caso vi sia notizia di qualche crimine che non sia stato portato a conoscenza delle autorità. Se si tratta infatti di attuare la volontà dello Stato in ordine alla repressione del crimine, non è opportuno che il processo sia subordinato all'iniziativa delle parti, che potrebbero avere un interesse confligente o addirittura accordarsi a scapito della giustizia.

Nel processo inteso come “giudizio” l'imparzialità del giudice dipende, al contrario, dalla sua passività rispetto alle iniziative delle parti. Nessun processo può quindi incominciare se non vi è un'accusa. Questa regola è stata cristallizzata nella massima *ne procedat iudex ex officio*.

*La condizione dell'imputato.* Nell'inchiesta, è il giudice che a poco a poco orienta i propri sospetti a carico di una persona che, ad un certo momento, assume lo *status* di imputato. È evidente perciò che costui nel corso del processo sia gravato da una presunzione di colpevolezza. La regola, perciò, è che sia sottoposto alla carcerazione preventiva, che funziona, oltre che per vincolare l'imputato al processo e prevenire il compimento di ulteriori reati, come una vera e propria anticipazione della pena.

Nel giudizio il giudice si pronuncia sulla colpevolezza soltanto all'esito del processo; fino a quel momento, invece, la colpevolezza è soltanto un'affermazione di parte, bisognosa di adeguata verifica. Nel corso del processo, dunque, vige al contrario, a beneficio dell'imputato, una presunzione di innocenza. La regola perciò, nel corso del processo, è la libertà dell'imputato, a meno che non ci siano specifiche esigenze, che richiedano una provvisoria restrizione della libertà.

*I rapporti tra giudice e parti.* Nell'inchiesta l'accertamento è affidato al giudice, senza che vi sia la necessità di un'accusa privata o pubblica. La difesa è assente o ha un ruolo del tutto secondario, perché, tutelando un presunto colpevole, le sue argomentazioni o istanze sono guardate con sospetto. Il processo si svolge perciò come una sorta di monologo del giudice o, tutt'al più, assume lo stile di un dialogo a due, contrassegnato da un gigantesco squilibrio, tra inquirente e imputato. L'imputato, più che un soggetto, è l'oggetto del processo. È inevitabile così la spinta a indurre l'imputato, con le buone o le cattive maniere, alla collaborazione, confessando il proprio delitto e rivelando i nomi dei complici.

Nel giudizio, ove il giudice è invece chiamato a pronunciarsi su un'accusa da altri formulata, e la difesa ha la funzione di contrapporre una diversa verità, la partita diventa a tre: il processo diventa veramente *actus trium personarum* e s'instaura il contraddittorio

inteso come confronto dialettico tra le parti davanti a un giudice equidistante. Poiché l'onore della prova compete all'attore, l'imputato non è tenuto a discolparsi né tantomeno a collaborare. Egli gode dunque del c.d. diritto al silenzio.

*L'acquisizione della prova.* Nell'inchiesta l'accertamento spetta al giudice che decide quali prove acquisire e provvede personalmente alla loro acquisizione. Nel fascicolo si accumulano via via i verbali. La decisione matura progressivamente nella coscienza del giudice grazie allo studio dell'incartamento processuale, in una sorta di soliloquio interiore.

Nel giudizio, spetta all'accusa provare la sua ipotesi e quindi a produrre in giudizio le relative prove. La difesa è ammessa a contrapporre prove a discarico. Il giudice, di regola, non ha poteri istruttori. Poiché il suo convincimento si forma sulla base del conflitto tra le argomentazioni delle parti, è di regola privilegiata, anche per mere ragioni di economia processuale, l'oralità.

## 2 – Sistemi storici: processo accusatorio e processo inquisitorio

### *Le matrici romanistiche*

I due modelli trovano una precoce ed assai significativa attuazione nell'esperienza romana: nel passaggio dall'età repubblicana all'età postclassica, al sistema delle *quaestiones perpetuae*, strutturato rigorosamente come “giudizio”, succede il sistema della *cognitio extra ordinem*, strutturato come una vera propria “inchiesta”.

Nelle *quaestiones perpetuae* il collegio giudicante era composto di regola da un *praetor*, che ne aveva la presidenza, e da un alto numero di giurati estratti a sorte per ogni singola causa da liste di cittadini probi appartenenti alle diverse classi. Il processo cominciava con una denuncia (*delatio nominis*) che spettava ad ogni cittadino (*quivis de populo*). Il presidente dichiarava la procedibilità della denuncia trasformandola nella vera e propria accusa (*accusatio criminis*). L'accusatore produceva le prove documentali e testimoniali a carico; l'accusato quelle a discarico. La partita processuale trovava i suoi momenti cruciali nel contraddittorio sull'interpretazione da dare ai documenti e nell'interrogatorio e controinterrogatorio dei testimoni. Era prevista l'assistenza di *patroni* a tutela degli interessi pubblici di cui l'accusatore denunciava la lesione e di *advocati* a sostegno dell'accusato. Il dibattimento terminava con le rispettive arringhe finali. Il presidente sottoponeva allora ai giurati il quesito se la causa fosse sufficientemente chiarita. In caso di risposta negativa (i giurati dichiaravano *sibi non liquere*) il processo poteva essere oggetto di rinnovazione (*ampliatio*). In caso di risposta positiva si procedeva alla votazione: ciascuno dei giurati deponeva in un'urna una tavoletta su cui era iscritta la lettera A (*absolvo*) o la lettera C (*condemno*).

A partire dall'epoca dell'imperatore Adriano, l'amministrazione della giustizia viene assorbita nella competenza imperiale, e delegata in genere al *praefectus urbi* a Roma, al *praefectus praetorio* in Italia e ai *praesides* nelle province. Alle vecchie forme ordinarie si sostituisce una *cognitio extra ordinem*. L'iniziativa del processo spettava all'autorità su denuncia privata o su rapporto dei funzionari subalterni incaricati delle funzioni di polizia e sicurezza. La ricerca delle prove e l'accertamento dei fatti (*inquisitio*) spettava all'autorità precedente, che pronunciava anche la sentenza, senza il ricorso ad alcuna

giuria. Qualora il processo si fosse svolto davanti ad un funzionario di rango inferiore era previsto l'appello (*appellatio*) all'imperatore o a un alto funzionario imperiale.

### *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*

Nella storia europea il modello dell'inchiesta è stato caratteristico del processo penale continentale dal Duecento fino alla fine del Settecento; il modello del giudizio è stato e continua ad essere caratteristico del processo penale nel mondo anglosassone.

I giuristi medievali, guardando in particolare alle modalità di avvio del processo, hanno chiamato il primo sistema *inquisitorio*, in quanto basato sull'iniziativa del giudice nell'accertamento dei fatti (dal latino *inquirēre*), e il secondo sistema *accusatorio*, in quanto originato da un'accusa di parte. Accusatorio era dunque il processo dominato dall'iniziativa delle parti; inquisitorio il processo contraddistinto dai poteri officiosi del giudice.

Normalmente per fare riferimento non solo al processo anglosassone così come storicamente realizzato, ma all'astratto modello del “giudizio”, si parla di sistema accusatorio, e così si parla di sistema inquisitorio con riferimento non solo all'esperienza dell'Europa continentale dal medioevo fino alla caduta dell'*ancien régime*, ma anche all'astratto modello dell’“inchiesta”. Si tratta di un uso diffusissimo e del tutto legittimo.

Bisogna però sempre ricordare che i sistemi storicamente realizzati non sempre hanno tutte le caratteristiche del modello di riferimento, ma presentano sempre qualche variante o disomogeneità. Bisogna insomma saper distinguere tra il modello astratto e la sua traduzione storica.

Ad esempio nel sistema inquisitorio sviluppatosi nella Francia medievale l'iniziativa del processo non spettava al giudice, ma a un organo rappresentante della pubblica accusa, il *procureur du Roi*, l'antesignano del pubblico ministero. Per converso anche nel processo anglosassone era consentita, seppure con limiti e garanzie, la carcerazione preventiva. Si tratta di isolate deviazioni del sistema storico dal modello teorico, che non ne intaccano la generale corrispondenza.

## Bibliografia

- CARRARA, F., *Il diritto e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, Prato, 1889.
- DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire*, Torino, 1977.
- GARAPON, A., *Del giudicare: saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007.
- LA TORRE, M. – LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013.
- SANTALUCIA, B., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 2,1, diretto da [A. Cicu e F. Messineo] L. Mengoni, Milano, 1992.

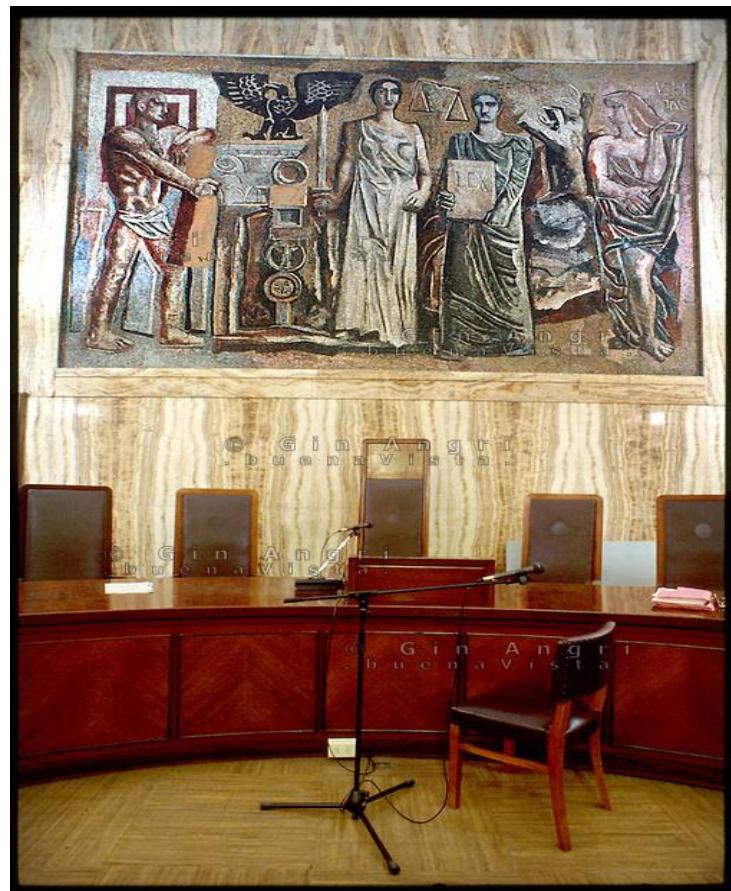
## Galleria



Un momento di un processo Gacaca in Rwanda



Una dimostrazione pubblica della tecnica del c.d. *waterboarding*



Nel Palazzo di Giustizia di Milano, nell'aula della prima sezione della Corte d'assise d'appello, campeggia sullo sfondo un grande mosaico di Mario Sironi del 1936. La Legge, che reca le tavole, è affiancata dalla Giustizia, con la spada; a destra per chi guarda è raffigurata la Verità, mentre al lato opposto, più in disparte, la Forza osserva gli altri personaggi. Al di là degli intenti forse celebrativi dell'autore, le relazioni reciproche tra i personaggi sono piuttosto problematiche.



## Sezione 2

# STORIA DEL PROCESSO PENALE

### Capitolo I

## IL PROCESSO NELL'ETÀ ALTO-MEDIEVALE

### 1 - Periodizzazione

Il *dies a quo* di un breve *excursus* di storia del processo penale utile per una migliore comprensione del diritto vigente può essere agevolmente individuato con l'epoca alto-medievale.

Da un lato, infatti, il crollo dell'impero romano d'occidente, il lungo periodo di instabilità politica che ne seguì e il succedersi delle invasioni di gruppi etnici provenienti dal nord Europa trascinarono con sé in larga parte le istituzioni giuridiche, e quelle processuali in particolare, che trovavano ormai il loro contesto fisiologico nelle consolidate strutture imperiali. Vi è dunque una indubbia cesura istituzionale e culturale fra noi e il diritto romano.

Dall'altro gli studi giuridici che riforiscono a ridosso dell'anno Mille, e che tengono conto delle strutture politiche tardo medievali, del diritto canonico, degli statuti locali, così come della rielaborazione dei testi giustinianei ritrovati in quel periodo, hanno tracciato le linee di una sistematica, ad esempio la dialettica accusatorio/inquisitorio, di cui ancora oggi siamo tributari. Esiste in sostanza una significativa unitarietà e continuità dell'esperienza giuridica europea dell'ultimo millennio.

All'interno di questo periodo la storia del processo penale si presta ad essere suddivisa in tre grandi periodi, non del tutto coincidenti con le partizioni in uso nell'insegnamento scolastico: l'età alto-medievale, contraddistinta da una pluralità di soluzioni processuali difformi e contraddittorie, ma prevalentemente accusatorie, che abbraccia *grosso modo* i secoli dall'VIII al XII; l'età del diritto comune, contraddistinta dall'affermazione nel continente europeo del sistema inquisitorio, che va dal secolo XIII al secolo XVIII; l'età della codificazione, contraddistinta dall'affermarsi del sistema c.d. "misto", che dal secolo XIX arriva fino ai giorni nostri.

### 2 – La faida

Dopo la caduta dell'Impero romano d'occidente l'Italia per lunghi secoli fu terra di occupazione da parte di popolazioni provenienti dal nord Europa, contraddistinte dall'assenza di vere e proprie strutture statali. In campo penale un'antichissima tradizione germanica affidava la soluzione delle controversie più gravi alla faida, o vendetta privata. L'autorappresentazione sociale di queste popolazioni come comunità egualitaria di

uomini liberi rendeva infatti inconcepibile un intervento di un'autorità superiore finalizzato a indagini, processo e pena. La logica dello scambio vindicitorio imponeva invece di ricambiare il sangue con il sangue per riaffermare il legame familiare e soddisfare la vittima.

La faida non era priva di regole. Era consentita in caso di offese alle persone o all'onore, non a quelle contro i beni; poteva essere messa in atto dall'offeso e dalla sua famiglia; se si trattava di omicidio, la faida era un obbligo per i figli e i parenti dell'ucciso; destinatario della vendetta era l'offensore e tutti i suoi parenti che non lo ripudiavano; gli atti che accompagnavano la faida, uccisioni, ferimenti, erano non solo impuniti, ma leciti di fronte al diritto, perché il *faidosus* si collocava automaticamente fuori dall'ordine sociale garantito dal gruppo; ci si doveva tuttavia attenere al principio di proporzione.

### 3 – Le composizioni pecuniarie

I Longobardi, provenienti dall'attuale Polonia, alla fine del '500 invasero l'Italia settentrionale arrivando fino a Spoleto e Benevento; l'Italia meridionale, Roma, Ravenna e Venezia rimasero sotto il dominio bizantino. Verso il 590, con Agilulfo, i Longobardi riuscirono a instaurare nei territori occupati qualcosa di simile a un'autorità centrale regia, suddivisa in ducati.

Il diritto longobardo, come quello di tutte le società barbariche, originariamente aveva natura consuetudinaria. L'esigenza di controllo connessa con la progressiva istituzionalizzazione del dominio politico indusse, con il passare del tempo, a raccogliere in forma scritta tali consuetudini, che, per il principio della personalità del diritto, valevano solo per le popolazioni barbariche, non quelle romane. Tra queste raccolte è assai importante l'Editto di Rotari del 643.

L'attività normativa dei re longobardi in campo penale si sviluppò soprattutto nel senso di promuovere la sostituzione della vendetta con la riparazione in denaro all'offeso o alla sua famiglia (guidrigildo). Si diffuse così un vero e proprio tariffario, una sorta di quantificazione legislativa del danno commisurato alle varie tipologie di offese.

Nelle composizioni pecuniarie comincia a manifestarsi nel campo penale un ruolo attivo dell'autorità statale, reso assai visibile dalla quota di denaro che, in caso di transazione raggiunta, doveva essere devoluta al Re.

### 4 – I crimini contro l'autorità

Oltre a promuovere la composizione pecunaria delle liti, utile per evitare la vendetta privata, i Longobardi si proposero di tutelare direttamente la sfera pubblica da eventuali aggressioni.

Perciò un limitato numero di fatti, considerati come lesivi della stessa autorità del Re (lesa maestà, sedizione e alto tradimento, più altre figure eterogenee destinate ad accrescere via via nel corso del tempo), meritavano nella legislazione longobarda una considerazione speciale.

La punizione di tali fatti non era affidata né alla vendetta privata né alle composizioni pecuniarie, ma era perseguita direttamente dalle strutture giurisdizionali e militari che gravitavano intorno alla Corte.

Se il reo era già nelle mani dell’autorità, veniva condannato a morte; se era contumace, veniva disposto il bando (*bannum*), che comportava l’esclusione dalla comunità, il divieto di ricovero e la facoltà di uccidere accordata a chiunque.

## 5 – Le *purgationes*

Con i Longobardi si struttura anche una forma embrionale di processo, chiamato *mallus* o *placitum*, nel quale l’autorità pubblica si offre quale giudice delle controversie tra privati. In tal caso il giudizio era strutturato come una prova alla quale doveva sottoporsi il convenuto in giudizio per “purgarsi” dall’accusa.

Chi asseriva di aver subito un torto, infatti, poteva citare il suo presunto offensore a comparire davanti all’autorità in udienze fissate periodicamente. Il processo, si svolgeva alla presenza di un funzionario del Re, coadiuvato da un gruppo di *sapientes* che rappresentavano l’assemblea degli uomini liberi. L’attore formulava la sua accusa e il convenuto esponeva le sue difese, esibendo ciascuno gli elementi di prova a disposizione. Al termine di questa fase il giudice stabiliva chi dei due contendenti, nella maggior parte dei casi il convenuto, dovesse prestare giuramento, da solo o con altri *compurgatores*, a sostegno della verità delle sue affermazioni. Se il prescelto, temendo che lo spergiuro potesse provocare la ritorsione divina, rifiutava, la causa era vinta dall’avversario.

Il giuramento, *sacramentum*, fu solo il prototipo dei cosiddetti “giudizi di Dio” (o, dal longobardo, “ordalie”), fondati sull’idea che l’esito della prova alla quale si sottoponeva la parte sarebbe stato determinato dalla volontà divina di preservare l’innocente. In particolare, con la prova dell’acqua calda si imponeva a chi aveva giurato davanti ai giudici la verità delle proprie affermazioni di estrarre un oggetto, di regola un anello, immerso in un bacile di acqua bollente; con la prova del ferro incandescente (o prova del fuoco) di afferrare con la mano un cilindro di ferro arroventato; l’incolumità di chi si sottoponeva alla prova dimostrava la sua innocenza. Meno cruenta era la c.d. ordalia della croce, che obbligava una o entrambe le parti a rimanere assai a lungo a braccia alzate ed aperte: la vittoria nel giudizio sarebbe spettata a chi avesse resistito di più. Di difficile interpretazione la prova dell’acqua fredda: l’accusato, legato mani e piedi, veniva immerso in un bacino d’acqua; se andava a fondo era provata la sua innocenza; se galleggiava, significava che la natura rifiutava di accogliere nel suo seno il colpevole. A parte va considerata una peculiare ordalia bilaterale, assai diffusa nello spazio e nel tempo: il duello; la vittoria in campo equivaleva alla vittoria nel giudizio. Molto spesso, in questa come nelle altre ordalie, personaggi di alto rango potevano affidare la prova a un proprio campione.

## 6 – L’inchiesta

Nel 774 i Franchi, sconfiggendo il re Desiderio, conquistarono l’Italia longobarda, fatta eccezione per il Ducato di Benevento. Nell’800 Carlo si fece proclamare imperatore da Leone III a S. Pietro, costituendo il c.d. Sacro Romano Impero, che comprendeva l’Italia settentrionale e quasi tutta l’Europa occidentale. L’Impero era diviso in contee, amministrate da funzionari imperiali (i conti), con notevole autonomia. Intorno alla proprietà fondiaria si sviluppò una particolarissima organizzazione politica, economica e

sociale: il feudalesimo. In questo ambito il signore amministrava la giustizia per tutti gli abitanti del villaggio.

L'autorità imperiale cominciò a promulgare leggi generali, chiamate “capitolari”, in occasione dell’assemblea degli uomini liberi (il *placitum*) che si teneva ogni anno in primavera (c.d. campo di maggio). Uno di questi disciplinò ruolo e funzioni dei *missi dominici*, che periodicamente l’imperatore inviava nelle contee per verificare l’andamento dell’amministrazione.

Il modello era costituito da una procedura ecclesiastica che prevedeva inchieste periodiche del vescovo nelle varie parrocchie, nelle quali la notizia di eventuali comportamenti devianti doveva emergere dalle dichiarazioni testimoniali giurate di membri autorevoli della comunità (i *testes synodales*).

Anche nell’ambito della giustizia secolare ci si affidò così alle inchieste dei *missi*, in genere un laico e un ecclesiastico, che venivano inviati laddove erano sorte controversie o sospetti di malversazioni da parte dei conti. Quivi svolgevano una *inquisitio* basata sulle testimonianze giurate di abitanti del luogo, designati dai notabili o eletti nel numero di dodici, tenuti a riferire, pena l’esclusione dalla comunità cristiana, tutto ciò che avevano visto e sentito.

I *missi* potevano o decidere direttamente *in loco* la questione oppure investire il tribunale regio. In tal caso la dislocazione spazio temporale del giudizio apriva un problema sconosciuto al rito ordalico celebrato nel mallo, che era caratterizzato – si direbbe oggi – da oralità e immediatezza: il problema della documentazione degli atti fino a quel momento compiuti e la formazione della memoria processuale da inviare al tribunale regio.

## 7 – Il *jury trial* in Inghilterra

In Inghilterra il sistema giudiziario si strutturò inizialmente nelle forme dell’inchiesta dei *testes synodales* e dei *missi dominici*. Le Assise di Clarendon del 1164, tenute sotto il regno di Enrico II, stabilirono che giudici reali itineranti avrebbero interrogato gruppi di testimoni giurati, scelti dallo sceriffo di ciascuna circoscrizione territoriale, in ordine all’eventuale commissione di determinate categorie di delitti e ai loro responsabili. Coloro che venivano indicati dai giurati venivano sottoposti al giudizio della corte, che si svolgeva secondo i tradizionali schemi del giuramento, dell’ordalia, del duello.

La maturazione dell’accusa attraverso i testimoni giurati, costituiva una reazione al precedente attivismo dei giudici regi, che si intromettevano negli affari della giustizia locale, instauravano processi *ex officio* e spesso accordavano l’estinzione della causa dietro versamento di congrue somme di denaro. Con l’istituzione della giuria d’accusa, l’iniziativa del processo non competeva ai privati ma nemmeno ai giudici, risultando affidata al pronunciamento di persone autorevoli in rappresentanza della comunità locale.

Per la storia del processo anglosassone risulta fondamentale l’anno 1215. Dapprima infatti, dopo una sonora sconfitta da parte dei francesi, il Re Giovanni Senzaterra, indebolito, fu costretto a concedere ai baroni d’Inghilterra la celebre *Magna Charta libertatum*, il cui art. 39 stabiliva: «Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, spossessato della sua dipendenza, della sua libertà o libere usanze, messo fuori dalla legge, esiliato, molestato in nessuna maniera [...] se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese». Poi, nel medesimo anno, in occasione del IV

concilio lateranense la Chiesa, con Innocenzo III, teologo e giurista, bandì ufficialmente la procedura delle *purgationes*.

Dopo la ricezione del decreto conciliare in Inghilterra si scelse allora di affidare anche il giudizio di merito ad un gruppo di dodici giurati – denominato *petty jury* – incaricato di pronunciare il *vere dictum* su accusa dei privati o su presentazione della giuria d'accusa.

## 8 – Il processo romano-canonico

Dopo la disgregazione dell'impero carolingio, Ottone I, Re di Germania, del gruppo etnico dei Sassoni, dopo una politica espansionista condotta verso oriente, nel 962 conquistò l'Italia (esclusi il ducato di Benevento, il sud continentale bizantino e la Sicilia araba) e si fece incoronare imperatore dal Papa, fondando così l'impero germanico. Sotto il dominio dei Sassoni, intorno all'anno mille, fiorirono le città marinare e cominciarono a strutturarsi politicamente i comuni. I Normanni si insediarono in Italia meridionale. L'impero dovette fronteggiare da un lato la lotta per le investiture con la Chiesa, dall'altro le pretese di autonomia dei comuni, la maggior parte dei quali regolati da propri statuti.

Per quanto riguarda la giustizia, di regola gli statuti ne attribuivano la competenza ai podestà, i capi dell'amministrazione comunale, i quali l'affidavano poi, con contratti privati rinnovabili, a giuristi di professione, che al termine del mandato rispondevano davanti a dei *syndacatores* del loro operato. Come già accadeva in relazione a *purgationes* e inchieste, procedimento civile e procedimento penale non erano distinti.

È in questo contesto che, intorno alla metà dell'anno mille, il ritrovamento in Toscana di parte dei testi giustinianei segnò una svolta radicale nella storia del diritto e quindi anche in quella del processo. Tanto la giustizia ecclesiastica quanto quella laica concorsero progressivamente, grazie alla rinascita degli studi giuridici che si sviluppò prima a Bologna e poi in tutta Europa, a mettere a punto, sulla base degli elementi ricavabili dai *libri legales*, un nuovo procedimento giudiziario.

Nacque una letteratura processualistica che delineò negli *ordines iudicarii* un processo dalla struttura assai formalizzata e rigorosa, essenzialmente scritta.

Era previsto un libello introduttivo in cui si chiarivano i motivi del ricorso alla giustizia, un catalogo di possibili azioni ed eccezioni e una definitiva *litis contestatio*. La prova non veniva affidata né al giudizio divino né al verdetto dei giurati, ma a quello che potrebbe essere considerato l'embrione di un moderno catalogo dei mezzi di prova: testimonianza, confessione, giuramento, documenti, evidenza, notorietà, indizi gravissimi, etc. La sentenza non doveva essere motivata. Per gli errori nel giudizio era prevista la possibilità di proporre appello; se nel corso del giudizio si erano verificate gravi violazioni dell'*ordo iudiciorum* la sentenza doveva essere considerata nulla.

## Capitolo II

# IL PROCESSO NELL'ETÀ DEL DIRITTO COMUNE

### 1 – Le origini del sistema inquisitorio

#### *Europa medievale e processo penale*

Uno dei tratti caratterizzanti del rito processuale ordinario messo a punto sulla base dei testi romani era il suo carattere accusatorio: il processo poteva essere instaurato soltanto su iniziativa privata e le prove erano addotte dalle parti, che potevano anche estinguere il processo se raggiungevano un accordo.

Questa disciplina, tecnicamente evoluta, si rivelò poco adatta a un contesto storico in cui tanto la gerarchia ecclesiastica quanto i poteri pubblici laici, afflitti dal cronico deficit di autorità tipico della società medievale, si mostravano desiderosi di accentrare nelle proprie mani la gestione della cosa pubblica, reprimendo ogni forma di devianza.

Nella prima fase, che abbraccia *grosso modo* i secoli dal XIII al XV, il processo di accentramento politico e giuridico restò tuttavia largamente incompiuto. Prevaleva ancora l'universalismo politico dell'Impero e della Chiesa, autorità spesso troppo distanti e deboli per esercitare un effettivo controllo del territorio, mentre il sistema delle fonti era caratterizzato, accanto al diritto giustinianeo quale fonte sussidiaria, da una pluralità di regimi speciali, su base personale e territoriale, che formavano un insieme piuttosto incerto e disomogeneo.

In tale contesto il processo penale, adeguatamente ricalibrato in modo che non le parti ma il giudice ne governasse l'andamento, poteva costituire un importante strumento di controllo politico. Si diffuse così in breve tempo e a macchia d'olio uno schema processuale alternativo che, se poteva considerarsi romanistico nella misura in cui operava una cesura netta rispetto a vendetta, composizioni e ordalie e si riagganciava all'antica *cognitio extra ordinem*, si presentava espressamente come derogatorio rispetto al rito ordinario, che restava confinato nella sfera civile.

#### *Lotta all'eresia e nascita della procedura inquisitoria ecclesiastica*

Fu nell'ambito della stessa Chiesa, che pure aveva contribuito non poco alla definizione del nuovo *ordo iudiciorum*, che maturarono, in relazione a fatti di competenza del foro ecclesiastico, le eccezioni al rito ordinario, le quali, importate nel foro laico, verranno a costituire l'ossatura del processo inquisitorio.

Anzitutto accanto al rito ordinario si sviluppò il rito sommario o planario, inizialmente per le cause civili di poco valore, che potevano essere trattate *simpliciter et de plano, ac sine strepitu iudicii et figura*. In sostanza si omettevano tutte le forme previste per il rito ordinario: libello, *litis contestatio*, termini, eccezioni, etc.

Cominciarono poi, nell’ambito dei reati di competenza del foro ecclesiastico, a tipizzarsi dei casi in cui non era necessaria un’accusa privata per instaurare il processo; ad esempio in caso di *publica fama* del delitto il giudice poteva aprire un procedimento d’ufficio. In tali casi gli atti dovevano restare segreti e la notorietà del delitto, o la confessione dell’inquisito, vennero considerate sufficienti per la condanna. Infine con la bolla *ad extirpanda* del 1252, Innocenzo IV legittimò la tortura giudiziaria.

Questo genere di riforme trovarono un sinistro ma stabile assetto nella procedura contro gli eretici, sorta nei primi decenni del 1200, che si svolgeva dinanzi al Tribunale dell’Inquisizione. La tipizzazione di tale procedura fu opera del francese Bernardo Gui, domenicano, inquisitore a Tolosa di Valdesi, Spirituali, Beghine ed Ebrei, autore nella prima metà del Trecento di una fortunata *Practica Inquisitionis hereticae pravitatis*.

### *Teoria del processo inquisitorio: Alberto Gandino*

Le riforme maturate in ambito ecclesiastico furono a poco a poco recepite, non senza difficoltà e prudenza, anche nell’ambito della giustizia laica. I dotti sottolineavano il carattere eccezionale dei procedimenti senza accusatore, anche se dovevano registrare la progressiva diffusione.

In tale contesto ebbe un ruolo importantissimo Alberto Gandino, giudice a Perugia e Bologna, che nel suo *Tractatus de maleficiis*, scritto alla fine del ‘200, praticamente il primo manuale di procedura penale conosciuto, sostiene a spada tratta le virtù del processo *per inquisitionem*.

L’ideologia che sorreggeva questa battaglia culturale era assai semplice: il giudice è difensore degli interessi della *respublica*; ogni reato commesso comporta un danno alla *respublica*, che esige sempre e comunque una riparazione.

Il passaggio dalla procedura accusatoria romano canonica a quella inquisitoria è individuabile in particolare nella marginalizzazione dell’accusa privata e nel riconoscimento al giudice di ampi poteri di iniziativa *ex officio*. Il processo inquisitorio infatti poteva nascere da un’*inquisitio generalis*, sul modello dell’inchiesta, che non presupponeva una notizia di reato, ma era diretta a raccogliere voci su possibili delitti; da un’*inquisitio specialis*, originata da un *clamor* pervenuto *ad aures potestatis*, orientata verso una specifica persona infamata; infine da un’*inquisitio cum promovente*, che scaturiva da una denuncia suffragata da prove sulla cattiva fama dell’accusato.

A partire dal Duecento insomma, avviandosi questa procedura *extra ordinem* a seguito di un’iniziativa dell’autorità per fatti che questa considerava lesivi dell’ordine pubblico o che comunque avevano generato nell’ambito della comunità un certo allarme sociale, la separazione tra processo civile e processo penale poteva dirsi compiuta sia sotto il profilo dei fatti sostanziali rilevanti sia sotto il profilo della struttura del rito.

Si ritiene tuttavia che, anche in campo penale, i procedimenti *per accusationem* e *per inquisitionem* da un punto di vista statistico rimasero in sostanziale equilibrio almeno fino al sec. XIV.

## 2 – Le fonti

Le disposizioni processuali penali che introducevano elementi di tipo inquisitorio sono rintracciabili in origine soprattutto negli statuti comunali, una parte dei quali era spesso

dedicata all'amministrazione della giustizia e regolava l'opera dei giudici professionisti cui era delegata.

È interessante notare però che già le primissime legislazioni principesche spesso avevano ad oggetto, per la loro rilevanza pubblicistica, proprio il diritto e la procedura penale. Nel Regno di Sicilia, ad esempio, il procedimento inquisitorio fu introdotto per la prima volta con le Costituzioni di Federico II promulgate a Melfi nel 1231, in relazione a omicidi perpetrati in modo occulto per i quali nessun privato avesse presentato una denuncia all'autorità.

A partire dal quindicesimo secolo in tutta Europa la disciplina del processo penale trovava la sua fonte quasi esclusiva non già nel diritto comune o nei diritti particolari, ma nella legislazione regia.

La struttura del processo inquisitorio si definì compiutamente soprattutto grazie ad alcune ordinanze cinquecentesche, di cui le più importanti, anche per i loro riflessi nei territori italiani, sono la *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgata nel 1532 dall'imperatore Carlo V d'Asburgo e l'*Ordinance sur le fait de la justice*, promulgata nel 1539 da Francesco I di Francia.

In Italia vanno segnalate le *Constitutiones Dominii Mediolanensis* (Nuove Costituzioni), promulgate da Francesco II Sforza nel 1541 per lo Stato di Milano e i *Nuovi ordini* del 1560, opera di Emanuele Filiberto, duca di Savoia, il cui libro quarto è tutto dedicato al processo penale. Quest'ultimo contiene una triplice novità: la disciplina processuale penale è scritta in volgare, è chiaramente distinta da quella civile ed è seppur sommariamente esposta in forma sistematica.

Tra i giuristi che si occuparono particolarmente di diritto e procedura penale, costruendo una compiuta dogmatica del processo inquisitorio, vanno ricordati Tiberio Deciani (Udine 1508-1582), Giulio Claro (Alessandria 1525-1575), Egidio Bossi (Milano 1488-1546) e Prospero Farinacci (Roma 1554-1613).

A partire all'incirca dal XVII secolo un ruolo importantissimo venne assunto dai c.d. grandi tribunali, collegi giudiziari collocati al vertice dell'amministrazione della giustizia e composti in prevalenza dalla nobiltà di fiducia del sovrano, chiamati a giudicare per lo più in ultima istanza. I grandi tribunali non solo producevano norme di procedura penale destinate a regolare il rito da seguirsi davanti a sé (i vari *stylus curiae*), ma diedero vita a una giurisprudenza che assunse via via un marcato valore di precedente, non vincolante ma comunque assai rilevante.

### 3 – Caratteri generali del processo inquisitorio

È difficile delineare una struttura tipica del processo inquisitorio tra i secoli XV e XVIII, perché le soluzioni sperimentate in Europa sono assai diverse. È comunque possibile individuare alcuni elementi caratterizzanti.

*Iniziativa.* Oltre che a seguito di un'accusa o di una denuncia, il processo poteva cominciare anche d'ufficio, ad iniziativa officiosa del giudice.

*Informazione.* Nella primissima fase del processo, denominata per lo più “informazione”, il giudice raccoglieva elementi in grado di suffragare l'accusa e ascoltava segretamente i testimoni.

*Carcerazione preventiva.* Immediatamente, o se gli indizi erano sufficienti, l'inquisito veniva messo in carcere.

*Istruzione.* Terminata l’informazione, se l’accusa appariva sufficientemente fondata, si passava alla fase istruttoria, dedicata alla formale acquisizione delle prove. L’istruzione costituiva il cuore del processo inquisitorio. Il giudice ripeteva l’esame dei testimoni, a volte mettendoli a confronto tra loro o con l’inquisito. Ogni atto era minuziosamente verbalizzato.

*Parti private.* A partire dal termine dell’informazione, e durante l’istruzione, facevano la loro comparsa un magistrato dell’accusa, chiamato avvocato o procuratore del Fisco (in Francia *procureur du Roi*), e talvolta un difensore. La funzione di entrambi era assai marginale: non avevano autonomi poteri di ricerca o acquisizione delle prove, né potevano assistere all’assunzione delle prove ad opera del giudice; si limitavano a redigere memorie scritte e richieste basandosi sui verbali istruttori.

*Prove legali.* Prima la dottrina e poi le legislazioni misero a punto un articolatissimo sistema di prove legali, diretto a predeterminare il valore cognitivo delle varie fonti di prova. Inizialmente può darsi che tale sistema avesse la funzione di limitare l’arbitrio del giudice; tuttavia nella pratica venne per lo più usato per determinare il *quantum* di prova sufficiente per la condanna. Ad esempio la confessione, la notorietà del delitto e la testimonianza indipendente di due persone onorevoli avevano il valore di prova legale della colpevolezza. Si cominciarono poi a classificare circostanze che avevano il valore, non di prova *plena*, ma *semiplena*, e così anche gli indizi, le presunzioni, etc.

*Tortura.* Qualora nel corso dell’istruzione non fossero emerse prove che dimostrassero con certezza né l’innocenza né la colpevolezza, e quindi in caso di dubbio, si procedeva alla tortura. Ammessa dai testi romani (*Dig.*, 47, 10, 41) e giustificata dalla Chiesa, la tortura trovò nell’età del diritto comune un’applicazione generalizzata. Già intorno al 1260, un anonimo *Tractatus de tormentis* raccoglieva tutto il sapere in materia. La definizione del *quantum* di indizi *ad torturam*, in presenza dei quali il giudice invece che rilasciare l’inquisito doveva sottoporlo ai tormenti, di fatto restò affidata all’arbitrio del giudice. Poiché l’inquisito era gravato da una presunzione di colpevolezza e la confessione era considerata la prova regina, la tortura, contro ogni cautela talvolta suggerita dai giuristi, fu impiegata in modo massiccio. Tra le specie di tortura era assai diffusa era la “corda”: legata da un capo ai polsi dell’accusato, la corda, passando attraverso una carrucola fissata in alto, veniva tenuta dall’altro capo dall’esecutore materiale della tortura, il quale, su indicazione dell’inquisitore, per indurre l’inquisito alla collaborazione, dapprima lo suspendeva solo per qualche minuto, per poi cominciare, in caso di ostinato diniego della propria responsabilità, a dare i c.d. “tratti” di corda, che potevano portare alla lussazione delle articolazioni delle braccia. La confessione resa nel corso della tortura non era valida, ma doveva essere ratificata successivamente, dopo un certo intervallo di tempo, dall’inquisito; tuttavia spesso la ratifica veniva richiesta nella stessa camera dei supplizi, con la prospettiva di nuovi tormenti in caso di mancata ratifica.

*Sentenza.* La sentenza era scritta ma non motivata. Poteva concludersi con l’assoluzione, una condanna o anche con un provvedimento interlocutorio, in caso di prova dubbia. L’emissione di un simile provvedimento consentiva in seguito la riapertura del processo.

*Impugnazioni.* Contro il giudizio di primo grado era di regola consentito proporre appello davanti a un giudice di secondo grado territorialmente competente. A mano a mano che vennero istituiti i Tribunali supremi, espressione della corte del principe, fu

## 1.2 – STORIA DEL PROCESSO

riconosciuto di proporre, contro la sentenza di secondo grado, un secondo appello (a meno che, in base alla regola della c.d. “doppia conforme”, il primo appello non avesse confermato la sentenza di primo grado). Talvolta però l’appello all’autorità giudiziaria superiore veniva escluso quando si procedeva per crimini particolarmente gravi.

## Capitolo III

# IL PROCESSO NELL'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE

### 1 – L’illuminismo penale

#### *La lotta per la codificazione*

Nel corso del Settecento il movimento filosofico e culturale che va sotto il nome di Illuminismo, che vide protagonisti una ristretta area di intellettuali sparsi nelle varie capitali d’Europa, elesse a proprio obiettivo polemico la tradizione giuridica propria dell’*ancien régime*, in favore di una riforma della legislazione adeguata ai tempi.

Tra le battaglie più importanti che furono condotte vi fu senza dubbio quella in favore della codificazione. Non si trattava soltanto di garantire unitarietà, sistematicità e certezza al diritto, ma di affermare un diretto collegamento tra politica e diritto, per cui la regolamentazione giuridica deve evolversi insieme alla società.

Va letto in questa prospettiva il fulminante *incipit* del *pamphlet* di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, pubblicato anonimo nel 1764, che demoliva senza troppi complimenti l’intera eredità del diritto romano: «Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co’riti longobardi, ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell’Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d’oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini».

#### *Affermazione dei diritti fondamentali*

Una volta riconosciuto che il diritto deve mutare per restare al passo con i tempi, e quindi è sostanzialmente rimesso all’arbitrio del legislatore, gli illuministi individuarono un limite al potere normativo sovrano in un limitato ma intangibile catalogo di diritti fondamentali dell’individuo.

Fondamentale, in questa prospettiva, fu la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e del cittadino, approvata il 26 agosto 1789 a Parigi dall’Assemblea costituente nell’ambito delle prime fasi della rivoluzione francese, che rappresenta il progenitore delle Carte dei diritti novecentesche.

Nella Dichiarazione universale trovarono largo spazio disposizioni di carattere processuale, dirette ad esempio a garantire la presunzione di innocenza e la libertà personale dell’imputato (art. 7: «Nessuno potrà essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi stabiliti dalla legge e secondo le forme da essa prescritte»; art. 9: «Poiché ognuno si presume innocente fino a che non è stato dichiarato colpevole, se si ritiene

indispensabile arrestarlo, ogni forma di coercizione che non risulti necessaria per trattenerlo deve essere severamente perseguita dalla legge»).

### *La battaglia contro il sistema inquisitorio*

In questo nuovo clima culturale, naturalmente, la struttura ormai arcaica e brutale del processo inquisitorio, e soprattutto la sua variante ecclesiastica condotta dal Tribunale dell’Inquisizione, cominciarono ad essere messi sotto accusa. Per il loro valore esemplare divennero assai celebri le campagne di opinione di Voltaire relative ad alcuni processi conclusi con clamorosi errori giudiziari indotti dal fanatismo religioso (i casi relativi a Jean Calas, ai coniugi Sirven e al cavaliere de la Barre).

Non meno importanti, anche se meno note, sono anche le opere degli addetti ai lavori. In ambiente napoletano spiccano la *Pratica criminale* di Tommaso Briganti, del 1747 la *Scienza della legislazione* di Gaetano Filangieri del 1784 e le *Considerazioni sopra il processo criminale* di Mario Pagano del 1787.

Il modello a cui guardavano gli illuministi era una versione forse un po’ idealizzata del processo accusatorio anglosassone: contro l’inquisizione, contro la tortura, contro la presunzione di colpevolezza, contro la segretezza degli atti, contro i legalismi probatori ci si pronunciava in favore di un processo pubblico, con effettività della difesa, concluso dal giudizio di una giuria di non professionisti sulla base della loro *intime conviction*.

### *La critica della tortura*

Uno degli aspetti del sistema inquisitorio che cominciarono ad essere maggiormente presi di mira fu l’impiego della tortura. Felicissimo e fortunatissimo, in tema, fu un passo di Beccaria: «Una crudeltà consacrata dall’uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo, o per costringerlo a confessare un delitto, o per le contraddizioni nelle quali incorre, o per la scoperta dei complici, o per non so quale metafisica e incomprensibile purgazione d’infamia, o finalmente per altri delitti di cui potrebbe essere reo, ma dei quali non è accusato. Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? Non è certo nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilità dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se incerto, e’ non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati. Ma io aggiungo di più, ch’egli è un voler confondere tutt’i rapporti l’esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato, che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti» (*De’ delitti e delle pene*, XVI).

Non meno importante fu anche il saggio di Pietro Verri, *Osservazioni sulla tortura*, che, analizzando gli atti di un famoso processo celebratosi a Milano nel 1630 contro gli “untori”, i presunti responsabili della diffusione della peste, dimostrò come l’impiego della tortura potesse condurre alla condanna di persone innocenti.

### *Il dispotismo illuminato*

La battaglia degli illuministi portò a un movimento di riforma delle legislazioni che nella seconda metà del Settecento si tradusse nell’esperienza del c.d. “dispotismo illuminato”.

In Europa si posero all’avanguardia di questo movimento Federico II di Prussia, che promulgò nel 1781 il *Regolamento giudiziario generale*, e Giuseppe II d’Austria che promulgò nel 1788 il *Regolamento giudiziario criminale*.

In Italia il punto più alto toccato in campo criminale dal riformismo legislativo del secolo dei lumi è certamente costituito dalla *Riforma della legislazione criminale toscana*, promulgato nel 1786 da Leopoldo II Granduca di Toscana. Il codice leopoldino tra le altre cose abolì la tortura, ridimensionò le prove legali, rese conoscibili i verbali delle testimonianze e limitò i poteri di incarcerazione dell’accusato di reati lievi.

## **2 – La nascita del processo misto**

### *La rivoluzione francese e la riforma del 1791*

Nel corso della rivoluzione francese si arrivò a una cesura netta con l’esperienza giuridica *ancien régime* e con la tradizione inquisitoria quando l’assemblea costituente parigina abrogò d’un tratto l’*Ordonnance criminelle* del 1670, che disciplinava da ormai più di un secolo il processo penale francese secondo canoni inquisitori.

A partire da quel momento nel giro di pochissimi anni, in relazione ai progressi e ai riflussi del moto rivoluzionario, si succedettero convulsamente diverse riforme processuali, tutte contraddistinte dal tentativo di importazione del modello inglese basato su pubblicità del processo, oralità e giuria.

Particolarmente importante in questa prospettiva fu la legge 16-29 settembre del 1791 che delineava la struttura di un vero e proprio processo accusatorio. Dopo una fase informativa condotta dal giudice di pace, l’accusa doveva essere formulata da un’apposita giuria. In caso di rinvio a giudizio, il processo si svolgeva nel contraddittorio tra le parti in forma orale e pubblica davanti a un collegio composto da magistrati e da una seconda giuria, incaricata di pronunciarsi sul fatto. Era abolita ogni prova legale.

### *Il code d’instruction criminelle del 1808*

Quando in Francia, in un clima assai cambiato, sotto l’impulso di Napoleone ormai proclamato imperatore cominciarono i lavori preparatori per un nuovo codice di procedura penale, i parlamentari francesi si trovarono di fronte due modelli: quello inquisitorio del 1670 e quello accusatorio del 1791. Parendo ormai troppo arretrato il primo, ma eccessivamente radicale il secondo, fu deciso di combinarli insieme, generando con questo incrocio un nuovo sistema, denominato “misto”.

Il sistema misto si incarnò nel *code d’instruction criminelle* del 1808, che costituì, e in larga parte costituisce ancora oggi, il modello per le legislazioni processuali di tutta l’Europa continentale.

In sintesi, mentre la fase di ricerca e acquisizione delle prove, condotta da un giudice istruttore, continuava ad essere scritta e segreta, il dibattimento, con nuovo esame dei testimoni, si svolgeva in udienza pubblica. Il processo misto è perciò un processo bifasico,

in cui ad una fase inquisitoria - l'istruzione - succede una fase accusatoria - il dibattimento.

La sequenza procedimentale era quella che conosciamo: due gradi di merito, primo grado e appello (tranne che per i reati di competenza della Corte d'assise), ed uno di legittimità, affidato alla Corte di cassazione.

### *Codici italiani preunitari*

Dopo il congresso di Vienna, con il ritorno degli Stati italiani nelle mani delle varie case regnanti, alla restaurazione politica non seguì un'effettiva restaurazione in campo processuale penale: le legislazioni dell'antico regime abrogate dai francesi non furono riesumate, mentre i nuovi codici promulgati nella prima metà dell'Ottocento confermarono l'impianto, nuovo e conservatore insieme, del codice del 1808, optando così per il sistema misto.

Particolarmente evoluta risultò la parte quarta del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, intitolata “Leggi della procedura ne' giudizi penali”, di cui si ha un ampio e colto commento ad opera di Nicola Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie* del 1828.

Decisamente più conservatore fu il codice di procedura criminale entrato in vigore nel 1848 nel Regno di Sardegna sotto Carlo Alberto.

### *Critica del processo misto*

Con il processo misto scomparvero gli aspetti più retrivi del sistema inquisitorio, ad esempio la tortura, e si affermò l'idea che in una sola persona non si possono cumulare le due funzioni dell'accusa e del giudizio; viene meno perciò la figura del giudice inquisitore, rimpiazzata da un giudice dell'istruzione e da un giudice del dibattimento.

In un processo misto, tuttavia, l'equilibrio tra le due fasi, quella istruttoria e quella dibattimentale, è sempre assai precario: la sintesi tra modello inquisitorio e accusatorio si risolve inevitabilmente nella prevalenza dell'uno o dell'altro. Infatti, posto che le prove sono raccolte dapprima nella fase segreta dal giudice istruttore e poi sono riacquisite in dibattimento in presenza delle parti, diventa cruciale chiarire se i verbali dell'attività istruttoria svolta in segreto siano o meno conoscibili e valutabili come prove dal giudice del dibattimento, accanto o in luogo di quelle assunte nel medesimo dibattimento con metodo orale. Se quanto è stato compiuto nel corso della fase istruttoria può essere usato ai fini della decisione, si avrà un processo non troppo dissimile da quello inquisitorio; se quanto è stato compiuto nel corso della fase istruttoria resta irrilevante, ma conta solo ciò che accade in dibattimento, si avrà un processo non troppo dissimile da quello accusatorio.

Si può dire che il tema della prevalenza dell'istruzione o del dibattimento costituisce ancora oggi il problema di fondo di tutti i codici dell'Europa continentale che, sul modello del *code d'Instruction criminelle*, hanno abbracciato il sistema misto.

## 3 – La procedura penale nell'Italia liberale

### *L’unità d’Italia e il codice del 1865*

Il codice piemontese del 1848 fu la base su cui, sotto Vittorio Emanuele II, nel 1859, alla vigilia della spedizione dei Mille, si redasse un nuovo codice, esteso l’anno successivo a tutta la penisola. Nel 1865 tale codice, con qualche modifica, diventò il primo codice di procedura penale del Regno d’Italia.

Tra le più significative novità vi erano una giuria per i reati di stampa e l’istituzione di una corte d’assise, sul modello francese, con dodici “laici” che per i reati più gravi giudicavano sul fatto sulla base del loro libero convincimento.

In tema di libertà personale veniva ristretta, rispetto al passato, la possibilità di pronunciare il mandato che dispone la custodia preventiva: occorrevano date soglie edittali, prove sufficienti e un bisogno cautelare.

Quanto al rapporto tra istruzione e dibattimento, si stabilì che la lettura di quanto il testimone aveva dichiarato al giudice istruttore, oltre ad alcuni casi di non ripetibilità o consenso delle parti, poteva essere effettuata solo per ottenere degli «schiarimenti», vale a dire «nei casi in cui si [dovesse] far risultare de’ cambiamenti o delle variazioni sopravvenute nella di lui deposizione» (art. 311). In teoria, presupponendo, dibattimenti rapidi, le assise dovevano ritirarsi a deliberare in camera di consiglio senza carte, sulla base della sola memoria di quanto accaduto in dibattimento. La giurisprudenza però tendeva ad affievolire il rigore del sistema, ammettendo più largamente ipotesi di lettura dei verbali istruttori.

### *Il dibattito dottrinale: scuola classica e positivismo giuridico*

La seconda metà dell’Ottocento è il periodo in cui si afferma la scuola penale che poi verrà chiamata “classica”. Le sue radici culturali affondano nelle correnti più evolute del pensiero giuridico europeo, giusrazionalismo, illuminismo e liberalismo; il modello processuale prediletto è quello anglosassone, rivisitato sulla base dell’esperienza rivoluzionaria francese.

Maestro indiscusso della scuola classica è il toscano Francesco Carrara, autore di un *Programma del corso di diritto criminale*, una parte del quale è dedicata alla procedura, e di un’importante raccolta di scritti brevi, intitolata *Opuscoli di diritto criminale*.

Alla fine del secolo il testimone del liberalismo penale sarà raccolto, e reinterpretato in senso più radicale da Luigi Lucchini, avvocato, professore, senatore e poi magistrato di Cassazione, artefice del codice penale Zanardelli del 1892, e dalla cerchia degli allievi che si raccolgono intorno alla sua *Rivista penale*.

In chiave critica della legislazione allora vigente, la scuola classica prende di mira soprattutto il problema dell’indipendenza della magistratura dal potere esecutivo e quello della legittimità e dei limiti della carcerazione preventiva.

Accanto e poi contro la scuola classica si afferma nella seconda metà dell’Ottocento una diversa scuola, denominata “positiva”. La sua peculiarità consiste nell’intenzione di modernizzare gli studi penalistici, che sarebbero stati afflitti da una metodologia troppo filosofica ed astratta, con l’impiego delle scienze sociali che proprio in quel periodo trovavano importanti riconoscimenti: sociologia, psicologia, criminologia, etc. La figura di riferimento ideale della scuola positiva era Cesare Lombroso, con i suoi studi su *L’uomo delinquente*. Il suo principale esponente fu Enrico Ferri, avvocato e senatore, socialista poi transitato nelle file del fascismo.

I cavalli di battaglia della scuola positiva riguardavano soprattutto il diritto penale sostanziale, in particolare il settore della valutazione della personalità del reo (recidiva, pericolosità sociale, etc.) e il settore della pena (finalità, modalità e durata del trattamento sanzionatorio).

### *Il codice del 1913*

Dopo lunghi anni di lavori preparatori abortiti, nel 1913, mentre sedeva Finocchiaro Aprile al ministero di grazia e giustizia, venne approvato un nuovo codice di procedura penale.

Nonostante la guerra dottrinale condotta dalla scuola positiva il codice conservò ed anzi rafforzò i tratti più marcatamente liberali prediletti dalla scuola classica.

La struttura bifasica, tipica dei sistemi misti, rimase inalterata, ma venne attenuata la segretezza della fase istruttoria: vennero ammessi i difensori ad assistere a esperimenti, perizie, perquisizioni domiciliari e cognizioni.

In certi casi di scarso rilievo l'istruzione, in tal caso denominata “sommaria”, poteva essere condotta direttamente dal pubblico ministero.

Questi, però, perse il controllo sull'azione: mentre nel codice del 1865, il pubblico ministero, se reputava infondata la notizia di reato, poteva mandare il fascicolo direttamente in archivio, ora doveva chiedere il permesso di archiviare al giudice istruttore, il quale poteva negarlo e aprire d'ufficio la fase istruttoria.

Quanto alla libertà personale, vennero stabiliti termini di durata massima della carcerazione preventiva.

# Capitolo IV

## IL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1930

### 1 – Il fascismo e il codice Rocco

#### *La svolta autoritaria*

Il codice del 1913 si rivelò soprattutto incompatibile sul piano politico con il progressivo affermarsi del fascismo, deciso ad una ricodificazione complessiva che adattasse la legislazione alla filosofia dello Stato totalitario.

Nel campo del diritto processuale penale l'obiettivo era soprattutto quello di combattere l'idea liberale secondo cui l'esigenza di fondo del processo è la tutela dei diritti dell'imputato nei confronti della pretesa punitiva dello Stato, facendo al contrario del processo il luogo di affermazione della pretesa punitiva dello Stato, con conseguente affievolimento dei diritti individuali.

Ad esempio nella *Relazione al progetto preliminare* del ministro Alfredo Rocco si legge che nel nuovo codice «tutti gli istituti processuali sono pienamente informati ai principi fondamentali fissati dalla Rivoluzione spirituale, che creò il presente Regime politico. Le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato, quand'anche sorpreso in flagranza, è presunto innocente, sono del tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità».

Nella medesima lunghezza d'onda si trovava anche il penalista Vincenzo Manzini, il principale artefice del nuovo codice e autore di un importante *Trattato di diritto processuale penale*, uscito nel 1931 in quattro volumi a commento della sua stessa fatica. Quivi leggiamo, ed è trasparente il riferimento a Carrara, che «la fallita pseudo-democrazia, superficiale, parolaia e confusionaria in tutto ha avuto [...] il torto di intorbidare i concetti, affermando che lo scopo del processo penale è quello principalmente di tutelare l'innocenza»; invece «l'interesse riguardante la libertà individuale rappresenta nel processo penale una parte essenziale bensì, ma non la più caratteristica, né la prevalente»; infatti «lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato».

#### *Il tecnicismo giuridico*

Si rivelò solidale con il progetto di ricodificazione in senso autoritario l'affermarsi sul piano dottrinale di un orientamento che mirava al superamento dell'ormai stantio conflitto tra scuola classica e scuola positiva. Si trattava da un lato di concentrare l'attenzione sul diritto vigente, abbandonando definitivamente la metafisica di un diritto naturale o

razionale; dall'altro di arginare dal punto di vista metodologico l'impiego di categorie concettuali provenienti da altre discipline, seppure affini, per mettere in evidenza le peculiarità della sfera giuridica. In questa prospettiva, l'esigenza di cui tale indirizzo si faceva portavoce non era dissimile da quella che in ambito filosofico aveva portato, in ultimo ad opera di Kelsen, alla maturazione di una “dottrina pura” del diritto.

Il saggio del 1910 dal titolo *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, che costituì il manifesto del nuovo indirizzo, denominato “tecnismo giuridico”, fu opera di un penalista di valore, Arturo Rocco, fratello del futuro guardasigilli Alfredo.

Oltre le intenzioni del suo promotore, questo indirizzo finì per delegittimare ogni riflessione che, non attenendosi al mero dato positivo, si spingesse a una critica del diritto vigente: i fini del diritto dovevano restare di esclusiva competenza del legislatore; i giuristi dovevano perciò circoscrivere la loro attenzione alla tecnica del diritto. Ciò consentì di evitare a molti giuristi esplicite prese di posizione sulle riforme che si andavano apprestando, con il risultato che anche gli aspetti più retrivi ed autoritari della legislazione fascista, come la reintroduzione della pena di morte o l'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, vennero approvati nell'assordante silenzio della maggior parte della dottrina.

### *La struttura del codice Rocco*

Le novità caratterizzanti del codice Rocco, che conservava la struttura bifasica tipica dei sistemi misti, erano tutte di segno reazionario. Risultavano molto accresciuti i poteri del p.m., agente del potere esecutivo, che tornava a poter archiviare senza alcun controllo giurisdizionale.

A date soglie di pena edittale, il mandato di cattura che disponeva la carcerazione preventiva era obbligatorio; bastava che sussistessero «sufficienti indizi»; i termini massimi della carcerazione preventiva introdotti nel 1913, «aberranti e insidiosi» secondo il Guardasigilli, furono aboliti.

L'istruzione, sia sommaria (condotta dal pubblico ministero) sia formale (condotta dal giudice istruttore), tornò ad essere completamente segreta.

Le nullità formali, le più gravi delle quali il codice del 1913 aveva considerato rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, vennero tutte sottoposte a termini di rilevazione piuttosto brevi.

Nella fase dibattimentale, il peso della fase istruttoria era fortissimo. L'art. 466, comma 3, invertendo il rapporto tra regola ed eccezione previsto nei codici precedenti, permetteva la lettura di ogni verbale, a meno che non risultasse vietata. L'art. 462 comunque permetteva esplicitamente la lettura dei verbali delle dichiarazioni testimoniali in caso di morte, irreperibilità o inabilità; se occorreva rilevare difformità, oppure in caso di dichiarazioni rese all'estero ottenute per rogatoria. L'art. 463 permetteva la lettura dei verbali di ispezioni, esperimenti giudiziali, perquisizioni, sequestri, ricognizioni, confronti, nonché la lettura degli atti di investigazione preliminare compiuta dalla polizia giudiziaria: accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici, etc. L'art. 465 permetteva la lettura degli interrogatori dei concorrenti nel reato o degli imputati di reato connesso. L'art. 466 permetteva la lettura dei verbali di altro procedimento definito con sentenza irrevocabile, nonché, infine, la lettura «dei rapporti, dei referti, delle querele, delle richieste, delle istanze, delle denunce e di ogni altro atto o documento del

procedimento». Questi ultimi erano in effetti materiali non istruttori, ma una massima consolidata finiva per ammettere il valore probatorio persino delle sommarie informazioni raccolte dalla polizia nella fase preistruttoria e confluire nel «rapporto» di polizia. È bene ricordare che, essendo segreta la fase istruttoria, tutti gli atti in questione erano formati in assenza della difesa.

In pratica, come nel processo inquisitorio, le prove si raccoglievano nella fase segreta condotta dal giudice istruttore; l'imputato era presunto colpevole e sottoposto a carcerazione preventiva; il dibattimento per la difesa costituiva spesso solo un vano esercizio di retorica: il convincimento del giudice era inevitabilmente condizionato da ciò che risultava dai verbali.

Sul piano tecnico, il codice era ordinatamente suddiviso in cinque libri; il primo, di disposizioni generali, era essenzialmente dedicato alle persone e agli atti; il secondo regolava l'istruzione; il terzo delineava lo svolgimento del processo dal primo grado alle impugnazioni, il quarto disciplinava l'esecuzione, il quinto i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere.

### *La giurisprudenza*

Capita spesso che la magistratura, composta in genere nei suoi più alti gradi da persone formatesi scientificamente alcuni decenni addietro, eserciti una certa resistenza inerziale di fronte ai cambiamenti di paradigma imposti dal legislatore. Un certo conservatorismo non è sempre un male: a smussare le asperità del nuovo codice di procedura penale, infatti, fu in parte la giurisprudenza.

Ad esempio, avendo il codice Rocco abolito forme di nullità rilevabili in ogni stato e grado del processo, di modo che la rilevazione tardiva delle più gravi anomalie non avrebbe potuto impedire il passaggio in giudicato della sentenza, la giurisprudenza elaborò categorie dogmatiche (l'inesistenza e l'abnormità) che consentivano l'annullamento di decisioni affette da specie di invalidità non previste dal codice.

## **2 – Il codice Rocco nel dopoguerra**

### *Le Carte dei diritti*

La tragica esperienza della guerra e dello sterminio fece degli anni immediatamente successivi l'epoca della affermazione solenne dei diritti. Il nazismo aveva dimostrato che non sempre la volontà del popolo, pur espressa democraticamente, costituiva un adeguato baluardo rispetto a involuzioni autoritarie e che, nel pieno rispetto della legge e delle procedure previste all'interno di uno Stato, potevano essere perpetrati i crimini più atroci. Perciò come occorreva nel diritto interno una fonte di rango superiore che stabilisse i fondamenti di una convivenza civile, non liberamente modificabile dal legislatore ordinario, così era necessario stabilire a livello internazionale convenzioni che vincolassero gli Stati aderenti al rispetto di un catalogo minimo di diritti.

Per quanto riguarda l'Italia, nel 1948 venne approvata la Costituzione, nelle cui norme dedicate al processo penale si avverte l'intenzione di segnare una netta discontinuità con la dottrina politica incarnata nel codice Rocco. Si vedano in particolare l'art. 27, comma 2, Cost., che afferma il principio della presunzione di innocenza, e l'art. 13, comma 5, Cost. che impone limiti massimi alla carcerazione preventiva.

In seno al Consiglio d’Europa nel 1950 venne approvata a Roma la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che tra l’altro stabilisce nell’art. 5 le condizioni alle quali è possibile sottoporre un individuo alla preventiva restrizione della libertà personale e, all’art. 6, delinea i caratteri di un processo equo a cui ogni persona ha diritto.

L’Assemblea generale delle Nazioni Unite infine nel 1966 approvò il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la cui parte terza contiene numerose disposizioni che riguardano la materia processuale penale.

### *La novella del 1955. Il ritorno al codice liberale.*

Si poteva pensare che nel nuovo clima politico il codice Rocco fosse destinato ad una vita assai breve, sia per la sua manifesta incompatibilità con diversi principi costituzionali, sia per la presumibile volontà politica di dare un segno di discontinuità con la legislazione fascista. Non fu così. Per quanto possa sembrare paradossale, il codice fascista del 1930 è restato in vigore per più di quarant’anni di regime democratico repubblicano.

Vi fu tuttavia una costante legislazione novellistica. Il primo e più importante intervento riformatore si ebbe con la legge n. 517 del 1955, che attribuì nuovamente al giudice istruttore il compito di disporre l’archiviazione, riammise la difesa ad assistere al compimento di alcuni atti istruttori (ma non alle testimonianze) e tornò a prevedere nullità assolute rilevabili in ogni stato e grado del giudizio.

In pratica dopo il 1955 furono ripristinate le principali garanzie che erano state originariamente stabilite con il codice del 1913.

### *Il costituzionalismo penale*

A partire dai primi anni Sessanta, specie nella dottrina penalistica sostanziale, si manifestò un importante orientamento culturale diretto alla “riscoperta” della Costituzione, sulla base della quale occorreva provvedere da un lato a rielaborare le tradizionali categorie dogmatiche penalistiche, dall’altro a verificare scrupolosamente la compatibilità della legislazione ordinaria, eventualmente suggerendone un’interpretazione evolutiva.

Questo orientamento, di cui il massimo rappresentante fu Franco Bricola, condusse a formulare ad esempio la nota teoria del bene giuridico, ossia la necessità di ancorare le scelte incriminatrici alla lesione di beni di rango costituzionale, gli unici a poter giustificare, nei termini di un adeguato bilanciamento, la restrizione della libertà personale che l’art. 13 Cost. proclama come inviolabile.

In campo processuale penale coloro che riconobbero una nuova centralità alla Costituzione orientarono la propria attenzione soprattutto sulle implicazioni sistematiche della presunzione di innocenza, specialmente in tema di libertà personale, e del diritto di difesa, in particolare in relazione al diritto dell’imputato di ottenere l’ammissione delle prove a discarico e di avvalersi della facoltà di non rispondere, senza che ciò si traducesse in un’implicita ammissione di colpevolezza.

### *Garantismo inquisitorio*

Dopo la novella del 1955, l'esigenza di adeguare il codice di procedura penale vigente ai valori costituzionali venne raccolta in piccola parte dal legislatore, mentre un importante ruolo evolutivo fu giocato dalla giurisprudenza, in particolar modo da quella costituzionale.

Ad esempio uno dei nodi fondamentali del processo restava il “valore” degli atti compiuti nell’istruzione e l’esercizio del diritto di difesa in quella fase. Il codice del 1930 aveva disegnato due modalità istruttorie: un’istruzione “formale” governata dal giudice, prevista in via ordinaria, ed un’istruzione “sommaria” affidata al pubblico ministero, nei casi di prova evidente (così valutata dallo stesso pubblico ministero senza alcun controllo). La novella del 1955 aveva timidamente reintrodotto la possibilità per i difensori di partecipare ad alcuni atti dell’istruzione formale. Nulla si diceva però quanto all’istruzione sommaria, se non che dovessero osservarsi le norme stabilite per l’istruzione formale «in quanto applicabili». Ci si domandava perciò se quelle garanzie fossero esportabili anche nell’istruzione sommaria. Dopo innumerevoli contrasti giurisprudenziali le Sezioni unite esclusero l’estensione delle garanzie difensive all’istruzione sommaria; intervenne allora la Corte costituzionale che, preso atto del diritto vivente, dichiarò illegittime le disposizioni che regolavano l’istruzione sommaria nella parte in cui non consentivano la partecipazione della difesa.

L’innesto di sporadiche garanzie difensive, invece di favorire la radicale abrogazione del codice, finì per prolungarne la vita; ed invece di trasformare l’ispirazione di fondo del sistema, che rimaneva sostanzialmente reazionario, finì paradossalmente per cristallizzarne i difetti. Ad esempio, il progressivo abbattimento della segretezza degli atti dell’istruttoria offrì argomenti in favore di una loro libera utilizzabilità da parte del giudice del dibattimento, senza che peraltro la semplice presenza del difensore controbilanciasse davvero l’unilateralità dell’assunzione della prova. Si coniò così per questa stagione, timidamente riformatrice nelle intenzioni ma contoproducente negli effetti, l’appellativo di «garantismo inquisitorio».

### *La legislazione dell’emergenza*

La lunga vita del codice Rocco non fu contrassegnata soltanto da una lenta opera di estensione delle garanzie, ma anche da improvvise strette autoritarie, in corrispondenza con il succedersi di determinate tipologie di emergenza criminale.

Non era certo una novità. Tutta la storia dell’Italia unitaria è stata caratterizzata da saltuarie ma imponenti restrizioni delle garanzie processuali, considerate di volta in volta indispensabili per fronteggiare fenomeni che si collocavano a cavallo tra criminalità, protesta sociale e dissenso politico: brigantaggio, socialismo, antifascismo.

Negli anni Settanta fu la volta del terrorismo rosso e nero che insanguinò il paese. La risposta sul piano processuale fu un uso amplissimo della carcerazione preventiva di cui, con legge del 1974, per alcune fattispecie di reato furono addirittura quadruplicati i termini massimi. Nella difficoltà di individuare gli effettivi responsabili e di condannarli tempestivamente al termine di un processo condotto secondo le forme ordinarie, la scelta più o meno esplicita, con buona pace della presunzione di innocenza, fu quella di tenere in carcere in via preventiva il più a lungo possibile gli esponenti del dissenso politico sospettati di avere un ruolo nelle organizzazioni terroristiche.

## 1.2 – STORIA DEL PROCESSO PENALE

Il pendolo delle garanzie, che oscilla a seconda delle alterne fasi della politica, restituisce la distorta immagine delle garanzie processuali come il fiore all'occhiello di una società democratica, che però occorre mettere da parte quando il gioco si fa duro.

# Capitolo V

## LA SVOLTA ACCUSATORIA. IL CODICE DEL 1988

### 1 – La riforma

#### *I difetti del codice Rocco*

Come già rilevato, il codice Rocco presentava molti profili di contrasto con la Costituzione, rivelando in ogni suo aspetto l'idea propria dei suoi redattori del processo come strumento di difesa sociale, rivolto alla punizione di colui che si presume colpevole. Ma anche a prescindere dal suo impianto ideologico esso nel corso del tempo manifestò notevoli inadeguatezze strutturali anche agli occhi degli operatori giuridici.

Il codice Rocco, come tutti i sistemi misti, si fondava sull'idea che la natura istituzionale del magistrato, sia di quello chiamato a ricercare e ad acquisire le prove nel corso dell'istruzione sia di quello chiamato a decidere in dibattimento, fosse garanzia di imparzialità e dunque di verità. Questa idea cominciò a poco a poco, sulla base dell'esperienza pratica, a perdere credito.

In primo luogo si mise in evidenza che l'attività di ricerca e di acquisizione delle prove condotta nella fase dell'istruzione implica, sotto il profilo delle "piste" da battere, scelte discrezionali che presuppongono necessariamente un'ipotesi investigativa che si mira a suffragare. Perciò è inevitabile che il giudice istruttore, anche il più equilibrato ed equidistante, finisce per selezionare le prove da acquisire sulla base della sua anticipata ricostruzione del fatto.

In secondo luogo, nella conduzione degli esami orali, il giudice istruttore, come chiunque sia affezionato alla propria ipotesi, fisiologicamente è propenso a porre unicamente le domande utili per confermarla e a considerare dubbie o menzognere le dichiarazioni incongruenti, rischiando così, intimidendoli, di orientare le deposizioni dei testimoni.

In terzo luogo il giudice del dibattimento, qualora, come accadeva spesso, avesse avuto accesso agli atti dell'istruzione, prendeva conoscenza di un materiale probatorio selezionato e acquisito dal collega istruttore sulla base dell'ipotesi d'accusa che costui aveva prescelto; era inevitabile che ne fosse condizionato. Persino i verbali della fase istruttoria, non riportando emozioni, esitazioni, voce e sguardi dei testimoni, ma solo la piatta trascrizione - spesso un riassunto - delle risposte alle domande, finivano per veicolare l'immagine di verità del giudice istruttore. Insomma prima che incominciasse il dibattimento, e l'imputato cominciasse finalmente ad argomentare le sue difese, il giudice, sulla base dei verbali provenienti dall'istruzione, aveva già maturato il proprio convincimento.

In quarto luogo il pregiudizio del giudice del dibattimento, finiva per condizionare la stessa acquisizione dibattimentale delle prove, in particolar modo la conduzione degli

interrogatori e degli esami testimoniali, inquinata dalla naturale aspettativa che i risultati dell’istruzione venissero confermati.

I rimedi interni alla struttura del codice Rocco proposti in una prospettiva riformatrice furono sempre di due tipi: rimozione della segretezza degli atti istruttori, con ammissione del difensore al loro compimento o, in radice, divieto di lettura dibattimentale dei verbali istruttori.

Il primo rimedio tuttavia, per quanto facilmente praticabile è scarsamente efficace: laddove l’esame dei testimoni sia condotto dal giudice istruttore e il difensore sia costretto nel ruolo di spettatore muto, la rimozione del segreto non incide sulla modalità di formazione dell’atto.

Il secondo rimedio invece, per quanto efficace, in concreto non risulta praticabile; nei sistemi misti il giudice istruttore è considerato come soggetto terzo e imparziale che agisce nell’interesse pubblico; la necessità di ripetere in dibattimento tutti gli atti compiuti nella fase istruttoria appare come una dispendiosa e insensata duplicazione del lavoro; anzi il giudice del dibattimento tende per lo più a “fidarsi” del giudizio del collega istruttore e a dare scarso peso alle argomentazioni della difesa, che per definizione si muove in una prospettiva di parte. Così per forza di cose legislazione e giurisprudenza sono state sempre irresistibilmente trascinate verso la legittimazione di diritto o di fatto dell’uso dei verbali provenienti dall’istruzione.

### *Progetti di riforma*

All’inizio degli anni Sessanta cominciò la stagione dei progetti e delle leggi delega diretti a una revisione del codice del 1930 o all’approvazione di un nuovo codice di procedura penale. Tali progetti per lo più naufragarono insieme alle brevi legislature di quel periodo. Tra di essi due hanno un particolare rilievo.

Nel 1962 fu istituita dal Ministro di grazia e giustizia una Commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale, presieduta dal grande giurista Francesco Carnelutti. La Commissione non terminò i lavori, ma il suo presidente presentò a titolo personale una “Bozza di uno schema del codice di procedura penale”, fortemente spinta in senso accusatorio, che unificava fase istruttoria e fase dibattimentale, facendole precedere da un’inchiesta preliminare condotta dal pubblico ministero.

Nel 1974 il Parlamento approvò una legge delega contenente 85 principi e criteri direttivi sulla base dei quali il Governo avrebbe dovuto redigere un progetto per un nuovo codice. Il lavoro fu concluso dalla Commissione ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia ben quattro anni più tardi. Il Progetto preliminare, presentato nell’aprile 1978, composto da 656 articoli, manteneva in teoria l’ispirazione accusatoria, anche se le sue strutture erano in realtà largamente compromissorie. Ad ogni modo il Progetto naufragò con la stagione degli anni di piombo. Il sequestro Moro e l’emergenza terroristica consigliarono al Governo di lasciar cadere il Progetto.

### *Il nuovo codice*

Finalmente dieci anni dopo il Parlamento approvò la legge delega n. 81 del 1987, composta di 105 principi e criteri direttivi, che, grazie al lavoro della Commissione nominata dal Ministro Giuliano Vassalli e presieduta ancora dal prof. Giandomenico Pisapia, condusse nel settembre dell’anno successivo a un Progetto preliminare, che, dopo

l'esame da parte di una Commissione parlamentare appositamente istituita, diventò definitivo, entrando in vigore il 24 ottobre 1989.

Il nuovo codice di procedura penale in certo qual modo rappresenta una svolta epocale: dopo secoli di tradizione inquisitoria e mista, l'Italia, unico paese nell'Europa continentale, ha adottato un codice palesemente ispirato ai sistemi accusatori.

## 2 – I principi ispiratori del codice del 1988

### *Oralità*

Il principio di oralità segna una delle differenze più cospicue tra sistemi misti e accusatori. Nei primi l'attività di acquisizione della prova è condotta in segreto dal giudice istruttore, mentre i verbali che documentano tale attività sono per lo più trasmessi al giudice del dibattimento, il quale potrà tenerne conto ai fini della decisione. In larga parte, perciò, le prove dichiarative sono conosciute e valutate dal giudice del dibattimento sotto forma di verbali.

Nei secondi l'attività di acquisizione della prova si svolge nell'udienza pubblica davanti al giudice del dibattimento il quale può ascoltare con le proprie orecchie le parole del testimone.

Il principio di oralità ha un fondamento cognitivo, cioè è funzionale all'accertamento del fatto, da un lato perché percepire direttamente il tono della voce e il fluire della narrazione (incluse pause, esitazioni, incertezze, etc.) consente un migliore giudizio sulla credibilità del testimone e l'attendibilità della dichiarazione; dall'altro perché dal verbale, a meno che non si sia proceduto a una documentazione integrale assolutamente fedele, spesso traspare indirettamente il punto di vista dell'esaminatore.

Pur non avendo rango costituzionale, l'oralità può essere considerata un principio informatore del nostro processo, in particolare dell'istruzione dibattimentale. Esso si ricava da tutte le norme che disciplinano l'attività di acquisizione delle prove dichiarative mediante esame orale ed escludono che i verbali delle indagini preliminari possano essere conosciuti dal giudice del dibattimento.

### *Immediatezza*

Al principio di oralità va accostato il principio di immediatezza, il quale esige che il giudice sia posto a contatto diretto con la prova e sia eliminata ogni intermediazione non necessaria.

Non è facile distinguere con esattezza oralità e immediatezza: ove la prova dichiarativa sia assunta oralmente davanti al giudice i due principi sono simultaneamente realizzati. Tuttavia mentre l'immediatezza riguarda il contatto diretto tra giudice e il soggetto che costituisce fonte di prova, l'oralità riguarda il modo nel quale quel soggetto comunica al giudice i fatti di cui è a conoscenza, che deve essere appunto orale e non scritto. In questo senso potrebbe avversi una deroga all'oralità, ma non all'immediatezza, qualora si sottoponga al giudice una dichiarazione scritta redatta personalmente da un testimone; oppure una deroga all'immediatezza, ma non all'oralità, qualora il testimone deponga oralmente davanti al giudice (come nella testimonianza indiretta di cui all'art. 195) su fatti percepiti e riferiti al testimone da un terzo (che non compare in dibattimento).

Anche il principio di immediatezza non ha un esplicito riconoscimento costituzionale. In alcune riflessioni della dottrina e della stessa giurisprudenza costituzionale esso tuttavia appare implicato dal diritto alla prova. Infatti l'art. 111, comma 3, Cost., stabilendo che l'imputato «abbia la facoltà, *davanti al giudice*, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore», in qualche modo sancisce che l'esercizio di tale facoltà, per essere effettivo, deve avvenire davanti al giudice che è chiamato a pronunciare la decisione.

Anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali manca un riferimento al principio di immediatezza. Alla sua enunciazione è tuttavia arrivata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ricavandolo in via interpretativa dalla nozione di equo processo di cui all'art. 6 Cedu: i giudici chiamati a decidere sulla colpevolezza o sull'innocenza di un imputato devono ascoltare personalmente i testimoni, perché un giudizio sulla loro attendibilità non può essere effettuato solo sulla base delle dichiarazioni verbalizzate (Corte E.d.u., sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*).

Il codice del 1988 ha perseguito il principio di immediatezza in modo radicale, abolendo la struttura bifasica del codice Rocco e imponendo che l'istruzione, dedicata all'acquisizione delle prove, sia collocata nella fase dibattimentale.

Qualche problema può sorgere quando, a dibattimento già iniziato, il giudice debba essere sostituito. Sotto questo profilo la più tradizionale applicazione del principio di immediatezza è costituita dalla regola dell'immutabilità del giudice, oggi codificato nell'art. 525, per cui in caso di mutamento nella composizione del giudice dibattimentale, deve essere garantita la possibilità di rinnovare l'acquisizione delle prove davanti al nuovo giudice.

Regole analoghe sono stabilite per i casi in cui, dopo una prima fase in cui sono state acquisite delle prove davanti a un giudice, il processo debba essere spostato davanti a un diverso ufficio giudiziario (ad es. in caso di rimessione, ai sensi dell'art. 48, comma 4, o di incompetenza, ai sensi dell'art. 26).

Esistono alcune deroghe al principio di immediatezza:

- ai sensi dell'art. 190-bis la nuova acquisizione della prova dichiarativa già acquisita davanti a un diverso giudice (quello dell'incidente probatorio o quello del dibattimento che debba essere rinnovato) è soggetta a significative restrizioni nei procedimenti di criminalità organizzata e in quelli per reati sessuali;
- ai sensi dell'art. 42 il giudice che decide sull'astensione o la ricusazione «dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia».

### *Contraddittorio*

Il senso ultimo della svolta accusatoria incarnata nel codice del 1988 risiede nella sfiducia nell'idea che la verità possa riposare semplicemente sulla preparazione e l'imparzialità della persona incaricata di cercarla: nozioni elementari di psicologia consentono di dubitare, o almeno di considerare assai raro, che un soggetto si spinga a cercare o valuti serenamente le prove che possano confutare l'ipotesi che egli stesso ha

razionalmente ed emotivamente abbracciato. Una ricostruzione più completa e più obiettiva dei fatti può emergere meglio dal confronto tra le argomentazioni di soggetti portatori di interessi parziali e contrapposti, che si espongono alle reciproche confutazioni, davanti a un giudice terzo.

Si tratta d'altra parte del metodo che si usa in ogni ambito del sapere umano: nel campo della ricerca chi sostiene un'ipotesi ha l'onere non solo di dimostrarla, ma soprattutto di esporla alla critica degli esperti; il giudizio di costoro sulla sua coerenza teorica, sulla sua verifica sperimentale e sulla sua capacità di resistere alle confutazioni dei suoi avversari deciderà del suo accoglimento. In questo senso un filosofo del Novecento, Karl Popper, ha sostenuto che le ipotesi scientifiche possono essere (provvisoriamente) considerate vere non tanto in quanto siano state verificate per mezzo di un esperimento, ma semmai nella misura in cui esse abbiano superato i tentativi di falsificazione cui esse si siano esposte.

Secondo una parte della dottrina, l'epistemologia popperiana chiarisce il senso dei tratti fondamentali della fisionomia accusatoria del nostro sistema processuale. La difesa infatti non solo può ricercare e produrre in giudizio le prove utili per confutare l'ipotesi del pubblico ministero, ma, quando si procede all'audizione dei testimoni d'accusa, ha il diritto di sottoporli a controesame, secondo il metodo c.d. dell'escussione incrociata. Alla difesa, in altre parole, vengono garantiti gli strumenti per tentare di falsificare l'ipotesi accusatoria. La condanna perciò potrà essere disposta solo quando tale ipotesi abbia superato indenne i tentativi di falsificazione.

### 3 – La struttura del codice del 1988

#### *Quadro sintetico*

Da un punto di vista operativo, il cuore della svolta del 1988 consiste, come nel progetto Carnelutti, nell'aver puramente e semplicemente spostato la fase dell'istruzione nel dibattimento, sotponendo l'acquisizione di ogni prova al contraddittorio tra le parti in udienza, riservando l'indagine preliminare solo alla ricerca e alla raccolta da parte del pubblico ministero di elementi utili a decidere se formulare l'imputazione, senza che questi elementi, data la loro formazione unilaterale, possano essere né valutati né conosciuti dal giudice.

Un'udienza preliminare governa il passaggio dalle indagini preliminari al dibattimento: per evitare dibattimenti inutili, un apposito giudice, diverso da quello dibattimentale, ha il compito di verificare, sulla base dei verbali degli atti delle indagini preliminari, la fondatezza dell'imputazione.

Poiché si prevedeva che una simile struttura processuale, che richiede l'acquisizione in dibattimento davanti al giudice delle fonti di prova già raccolte dalle parti nelle indagini preliminari, avrebbe allungato i tempi di definizione del processo, sono stati previsti dei riti speciali idonei ad accelerare *l'iter* processuale.

Quanto alla libertà personale, prendendo sul serio il principio della presunzione di innocenza, la carcerazione preventiva è diventata misura “cautelare”, emanata cioè non sulla mera base degli indizi di colpevolezza, fossero essi anche assai gravi, ma solo a condizione che sussistano tipiche e specifiche esigenze processuali da riscontrare caso per caso.

Nel solco della tradizione, invece, la sequenza delle fasi processuali, che prevede primo grado, appello e Cassazione.

### *Quadro analitico*

*Indagini preliminari.* Aperte da una notizia di reato, sono condotte dal pubblico ministero, il quale, avvalendosi della polizia giudiziaria, indaga e raccoglie elementi di prova per verificare la fondatezza della notizia di reato. Se necessario, può richiedere a un giudice per le indagini preliminari l'emissione di misure cautelari. Anche il difensore dell'indagato può svolgere investigazioni difensive. Al termine delle indagini, il pubblico ministero può formulare la richiesta di archiviazione, se la notizia di reato appare infondata o scarsamente probabile, o la richiesta di rinvio a giudizio, con la quale formalmente inizia il processo. Alcuni riti speciali, il decreto penale di condanna e il patteggiamento e la messa alla prova, consentono eccezionalmente la definizione del giudizio nella fase delle indagini preliminari.

*Udienza preliminare.* Aperta dalla richiesta di rinvio a giudizio, l'udienza preliminare mira a sottoporre al controllo del giudice, nel contraddittorio tra le parti, la fondatezza dell'imputazione e dunque la necessità del dibattimento. Con il consenso dell'imputato, il processo può anche essere definito nell'udienza stessa, sulla base del materiale probatorio raccolto durante le indagini, con i riti speciali del “patteggiamento” e del giudizio abbreviato. Se non si procede coi riti speciali, il giudice dell'udienza preliminare pronuncia una sentenza di non luogo a procedere o un decreto che dispone il giudizio.

Poiché il giudice del dibattimento non deve essere influenzato dai risultati dell'indagine preliminare, che non si sono formati in contraddittorio, nel caso di pronuncia del decreto che dispone il giudizio, il fascicolo delle indagini preliminari, che ora riunisce sia gli atti investigativi dell'accusa sia quelli compiuti dalla difesa, resta a disposizione delle parti ma non viene trasmesso al giudice del dibattimento. Viene invece formato un diverso fascicolo per il dibattimento, selezionando rigorosamente il materiale investigativo.

L'udienza preliminare non si celebra per i reati puniti con pena più lieve, se lo chiede l'imputato o quando siano praticabili alcuni riti speciali, il giudizio immediato e il giudizio direttissimo, fondati sull'evidenza della prova, che consentono di “passare” direttamente dalle indagini preliminari al dibattimento.

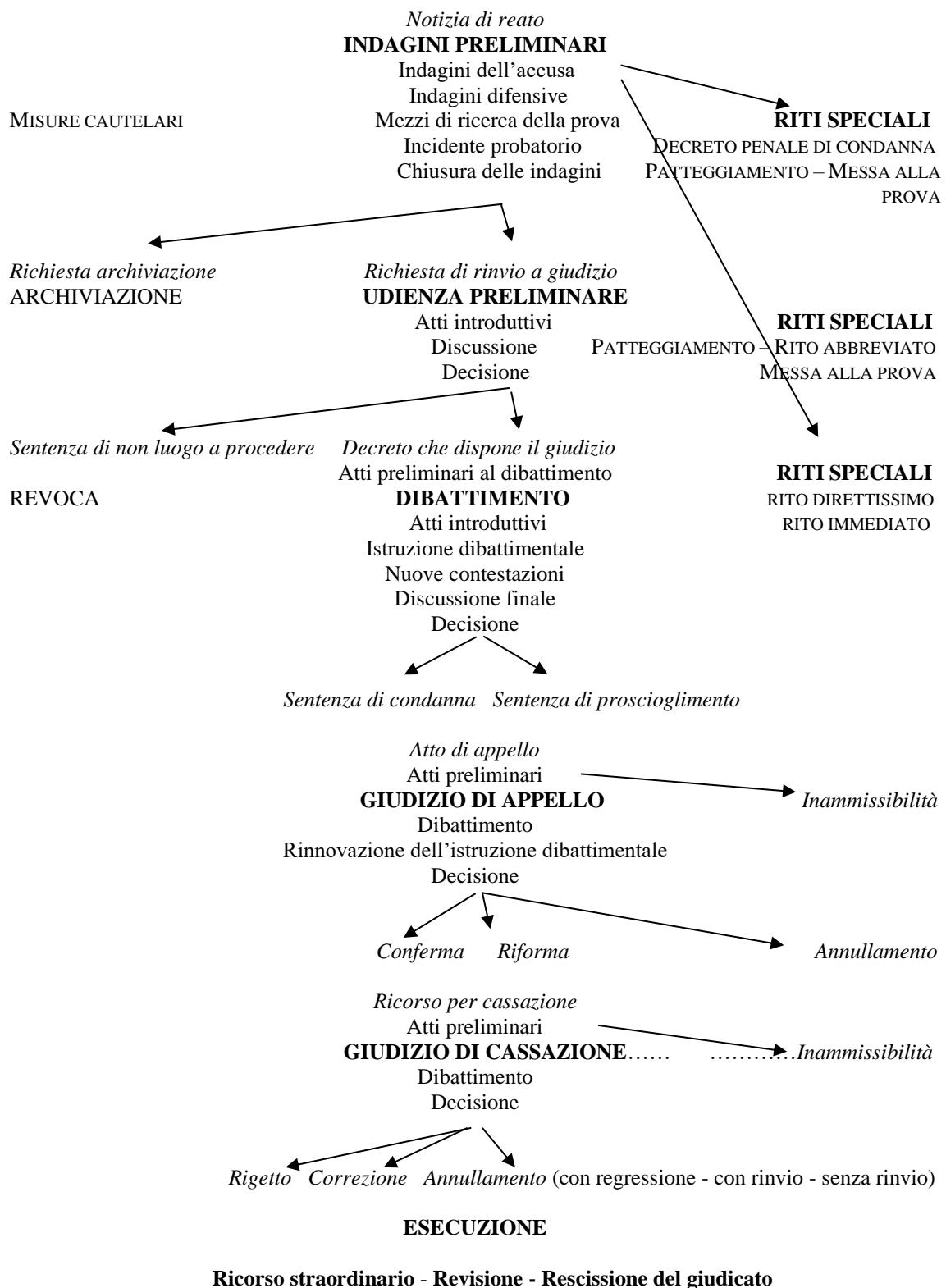
*Giudizio di primo grado.* Dopo una fase preliminare e introduttiva, il giudizio di primo grado viene di fatto a coincidere quasi integralmente con il dibattimento, dedicato all'acquisizione in contraddittorio delle prove richieste dalle parti. Solo in casi eccezionali è consentito leggere i verbali degli atti dell'indagine preliminare. È invece consentito al giudice un intervento suppletivo finale di acquisizione di prove *ex officio*. Le parti concludono presentando le proprie richieste. Terminato il dibattimento si apre la fase decisoria, in cui il giudice, monocratico o collegiale, dopo essersi ritirato in camera di consiglio per la deliberazione, pronuncia la sentenza, che può essere di assoluzione o di condanna. Contestualmente o dopo la lettura del dispositivo il giudice è tenuto a redigere la motivazione della sentenza.

*Giudizio di appello.* Se una delle parti propone l'appello, si apre il relativo giudizio diretto a verificare la fondatezza delle doglianze delle parti. I motivi possono toccare ogni profilo della sentenza; il giudice d'appello ha poteri di cognizione e di decisione

tendenzialmente limitati dai motivi di impugnazione. L'appello può concludersi con una sentenza di annullamento, nel qual caso si torna al primo grado, di conferma, se le doglianze sono respinte, o di riforma, se l'accoglimento di alcune istanze porta alla modifica della decisione.

*Giudizio di cassazione.* Contro la sentenza di conferma o riforma in appello, ma anche direttamente contro la sentenza di primo grado, le parti possono presentare ricorso per cassazione. I motivi di ricorso possono riguardare la legittimità della sentenza, mentre non possono investire se non marginalmente, attraverso il controllo sulla motivazione, la ricostruzione dei fatti accolta nel giudizio di merito. Il giudizio di cassazione può concludersi con una sentenza di rigetto, se i motivi risultano infondati, oppure con una sentenza di accoglimento, che, a seconda dei casi può portare a un annullamento, con regressione alle fasi precedenti, al rinvio ad un nuovo giudizio di merito oppure, in casi marginali, ad una riforma della sentenza.

*Giudicato.* Quando appello o cassazione non sono più proponibili, la sentenza – si dice – passa in giudicato, il che comporta da un lato l'avvio dell'esecuzione della sentenza stessa, se di condanna; dall'altro il divieto di instaurare un nuovo processo per il medesimo fatto. È tuttavia possibile in casi eccezionali l'esperimento di ulteriori mezzi di impugnazione, perciò detti straordinari, quali il ricorso per errore di fatto, la rescissione del giudicato e la revisione, per rimuovere sentenza passate in giudicato e instaurare un ulteriore giudizio.

*Schema del processo penale*

## 5 – Sistema accusatorio e stile italiano

Parlando dei modelli processuali abbiamo osservato che un sistema rigorosamente ispirato dall’idea di giudizio garantisce l’imparzialità del giudice precludendogli ogni iniziativa officiosa, affidando alle parti una sostanziale signoria sul processo.

È così fisiologico, in questo tipo di sistemi, che spetti alle parti instaurare il processo ed eventualmente concluderlo anticipatamente con un accordo (disponibilità del processo); che l’ambito della cognizione del giudice sia circoscritto alle prove prodotte dalle parti (principio dispositivo); che i poteri decisori del giudice siano circoscritti alle questioni a lui sottoposte dalle parti (corrispondenza tra chiesto e pronunciato).

Un processo così strutturato, quale è ad esempio il nostro processo civile, certamente tutela nel massimo grado l’imparzialità del giudice, ma finisce per implicare una sorta di indifferenza all’esito del processo. Ad esempio se l’azione viene esercitata in relazione ad una ricostruzione del fatto evidentemente distorta oppure se non viene chiesta l’acquisizione di una prova che pure sarebbe fondamentale, il giudice, non avendo alcuno strumento per ampliare il giudizio, potrebbe essere costretto a pronunciare una sentenza coerente con le richieste delle parti, ma nella consapevolezza che essa presenta un forte scarto rispetto alla realtà. In questi casi, la funzione pubblica del giudice pare esaurirsi nel favorire la risoluzione delle controversie tra le parti, più che nel promuovere la ricerca della verità.

Questo modo di concepire la giustizia penale non appartiene tuttavia alla nostra cultura, nella quale la lotta alla criminalità, così come le limitazioni alla libertà, non possono essere oggetto di accordi o transazioni: le decisioni che hanno ad oggetto i beni giuridici la cui salvaguardia è affidata al processo penale devono necessariamente fondarsi su un accertamento obiettivo. In tal senso depongono sia l’art. 112 Cost. che impone al pubblico ministero l’obbligo di esercitare l’azione penale; sia l’art. 101, comma 1, Cost. che, garantendo la soggezione del giudice soltanto alla legge, impedisce che le parti possano disporre del processo; sia l’art. 27 Cost. da cui, come in precedenza ricordato, si evince il fine cognitivo del processo.

Il legislatore italiano perciò ha accolto il sistema accusatorio e il metodo del contraddittorio non per una sorta di indifferenza alla verità, ma al contrario perché lo ha considerato come il miglior mezzo per raggiungere la verità.

Questo spiega le peculiarità del sistema accusatorio penale italiano rispetto ad altri sistemi accusatori, ad esempio quello civile italiano o quello penale angloamericano, nei quali tendenzialmente il processo ha il fine di risolvere una controversia.

Le principali tra tali peculiarità sono le seguenti: a) il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale, che, una volta esercitata, è irretrattabile; b) ogni attività del pubblico ministero relativa all’esercizio dell’azione penale è sottoposta al controllo del giudice (archiviazione e rinvio a giudizio); c) il giudice deve fondare la sua decisione sulle prove prodotte dalle parti, ma in casi particolari può disporre d’ufficio l’acquisizione di prove ulteriori (art. 507); d) laddove siano previsti meccanismi consensuali in ordine alla prova o alla decisione, è comunque sempre attribuita al giudice qualche forma di controllo (artt. 444; 506); e) il giudice può prosciogliere anche se nessuno glielo abbia chiesto (art. 129).

# Capitolo VI

## DAL RIFLUSSO INQUISITORIO AL “GIUSTO PROCESSO”

### 1 – Il riflusso inquisitorio

#### *Il sistema del doppio fascicolo nella versione originaria del codice*

Il legislatore del 1988, ispirandosi ai sistemi accusatori e ai principi di immediatezza, oralità e contraddittorio, aveva incentrato il processo sull’acquisizione della prova mediante esame incrociato in dibattimento davanti al giudice. I verbali degli atti compiuti nelle indagini preliminari, condotte unilateralmente dalle parti, non dovevano assumere alcuna rilevanza, e perciò, salvi casi eccezionali, non andavano inseriti nel fascicolo per il dibattimento.

A garanzia dell’effettiva separazione tra indagini e dibattimento, l’art. 195, comma 4, stabiliva che «gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni»; tale divieto mirava a impedire che, attraverso la testimonianza indiretta degli operatori di polizia giudiziaria, si portasse a conoscenza del giudice il contenuto di dichiarazioni assunte senza contraddittorio nel corso delle indagini preliminari, aggirando così il divieto di lettura dei verbali.

Esistevano tuttavia delle eccezioni, vale a dire dei casi in cui i verbali di atti compiuti nelle indagini preliminari potevano essere oggetto di lettura dibattimentale e, a certe condizioni, essere usati come prova.

In particolare l’art. 512 stabiliva che, su richiesta di parte, potevano essere letti e acquisiti al fascicolo per il dibattimento i verbali di atti compiuti nelle indagini preliminari di cui, per fatti o circostanze imprevedibili, non poteva più essere ripetuta l’acquisizione in dibattimento; caso tipico: la morte del testimone.

L’art. 500 stabiliva che quando il testimone venuto a deporre in dibattimento rendeva dichiarazioni che contrastavano con ciò che egli stesso aveva detto nel corso delle indagini preliminari, le parti potevano contestare al testimone le vecchie dichiarazioni leggendo in dibattimento i relativi verbali. Il giudice poteva tenerle in considerazione per valutare la credibilità del testimone, ma non usarle come prova (cioè non poteva porre quelle dichiarazioni a fondamento della decisione). Eccezionalmente però le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari contestate al testimone potevano essere acquisite al fascicolo per il dibattimento e assumere valore di prova quando erano state raccolte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria non nel corso di un formale colloquio nelle sedi istituzionali, ma nel corso delle perquisizioni oppure sul luogo e nell’immediatezza del fatto.

Ancora l’art. 513 comma 1, se l’imputato era contumace o assente o comunque si avvaleva della facoltà di non rispondere, consentiva la lettura delle dichiarazioni che costui aveva reso nel corso delle indagini preliminari. Se invece le dichiarazioni venivano

rese da imputati in procedimenti connessi o collegati che venivano citati a comparire in dibattimento per rendere dichiarazioni non sulla responsabilità propria, ma su quella di altri, la lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, era possibile solo in caso di impossibilità sopravvenuta di ripetizione, *ex art. 512*, ma non quando gli imputati in procedimenti connessi o collegati si fossero avvalsi, com’era loro diritto, della facoltà di non rispondere. In tali casi il diritto del destinatario di tali dichiarazioni a non essere pregiudicato da dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio restava fermo.

### *L’emergenza mafia nei primi anni Novanta*

Fin da quando venne approvato il nuovo codice, nel mondo della politica e nella magistratura vi era qualche perplessità legata alla capacità del nuovo processo di “affrontare” in modo efficiente la lotta alla criminalità organizzata. Solo l’anno precedente era terminato il primo grado del c.d. maxiprocesso di Palermo, in cui, a seguito dell’istruzione condotta dal giudice Antonino Caponnetto e dei magistrati del c.d. *pool antimafia*, ben 475 imputati erano stati sottoposti a giudizio per associazione a delinquere di stampo mafioso. Si temeva in particolare che l’impossibilità di usare come prova in dibattimento i risultati delle indagini, e quindi la necessità di una nuova acquisizione in contraddittorio in quella sede, avrebbe allungato eccessivamente i tempi del processo.

Nei primissimi anni di vita del codice emerse poi un problema assai complicato di “gestione” processuale dei c.d. “pentiti”. Da un lato costoro, in quanto imputati in procedimenti connessi o collegati, conservavano sempre la facoltà di non rispondere; perciò anche se nel corso delle indagini preliminari avessero reso dichiarazioni nei confronti di altri, sulla base delle quali fosse stato instaurato un processo, in dibattimento non potevano comunque essere obbligati a deporre. D’altro lato, salvi i casi di vera e propria impossibilità sopravvenuta, non era possibile recuperare tramite lettura le vecchie dichiarazioni. Poiché spesso si trattava di elementi decisivi ai fini della prova, i pentiti, potendo scegliere liberamente se raccontare anche al giudice del dibattimento ciò che avevano detto al pubblico ministero, finivano per diventare arbitri della sorte dei processi.

La questione tecnica del disposto dell’art. 513, e più in generale della separazione tra indagini e dibattimento, diventò questione politicamente rilevantissima nel 1992 quando con le stragi di Capaci e via D’Amelio furono uccisi i magistrati di punta della lotta antimafia. La sensazione, confermata dalla prosecuzione della strategia stragista negli anni appena successivi, fu che la mafia intendeva passare a un diretto scontro armato contro lo Stato. In questo contesto emergenziale il garantismo del codice del 1988 apparve a molti inopportuno.

### *La Corte costituzionale e la controriforma del 1992*

Le preoccupazioni per la tenuta del sistema processuale di fronte alle necessità della lotta alla mafia furono raccolte dalla Corte costituzionale, che nel 1992, con tre sentenze, di fatto smantellò le strutture accusatorie del nuovo codice, dando vita alla stagione del c.d. “riflusso inquisitorio”.

Con la sentenza n. 24 del 1992 la Corte costituzionale anzitutto dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 195, comma 4, che vietava la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria. Si trattava secondo i giudici delle leggi di un’eccezione alla generale ammissibilità della testimonianza indiretta, che non risultava adeguatamente giustificata,

né dallo *status* personale degli operatori della polizia giudiziaria, che andavano invece assimilati sotto questo profilo a tutti i comuni cittadini, né dalla tutela del principio di oralità, perché la testimonianza indiretta è pur sempre una dichiarazione orale resa in dibattimento. L'art. 195, comma 5, perciò, secondo i giudici delle leggi, introduceva una irragionevole disparità di trattamento censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost. Il risultato pratico della decisione consisteva nella possibilità per gli operatori della polizia giudiziaria di deporre in dibattimento per riferire sulle dichiarazioni rese da testimoni e pentiti, documentate in verbali delle indagini preliminari la cui lettura era vietata.

Con la sentenza n. 254 del 1992 la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 513, comma 2, nella parte in cui vietava la lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da imputati in procedimenti connessi o collegati che in dibattimento si fossero avvalsi della facoltà di non rispondere. La Corte osservò che non poteva escludersi che a rendere dichiarazioni sulla responsabilità di altri potessero essere anche coimputati, in un medesimo procedimento cumulativo, con il destinatario di tali dichiarazioni. In tal caso però il primo comma dell'art. 513 consentiva la lettura; il secondo comma invece, che riguardava solo i "pentiti" imputati in altri procedimenti, la vietava. Si trattava perciò di un'irragionevole disparità di trattamento, tenendo conto che la riunione o la separazione di procedimenti dipendeva spesso da fattori del tutto casuali e contingenti. Come osservò la dottrina, la Corte, per eliminare la disparità, cassò la disciplina coerente con il principio del contraddittorio, salvando l'altra. Il risultato pratico della decisione fu che le dichiarazioni rese in segreto dai pentiti al pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari potevano essere lette, acquisite e usate come prova. In sostanza nei processi di mafia veniva meno la regola del contraddittorio.

Con la sentenza n. 255 del 1992, in ultimo, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 500, comma 4, nella parte in cui non consentiva l'acquisizione al fascicolo del dibattimento e l'uso probatorio delle dichiarazioni rese dal testimone nel corso delle indagini preliminari lette in dibattimento ai fini delle contestazioni. Secondo i giudici delle leggi accanto al principio di oralità, dal nuovo codice dovevano ricavarsi almeno altri due principi di cui tenere conto ai fini di un equilibrato bilanciamento: il "principio di non dispersione degli elementi di prova", che poteva evincersi da tutte le disposizioni che eccezionalmente, come l'art. 512, consentivano un recupero dei materiali d'indagine, e il "principio del libero convincimento del giudice", richiamato dall'art. 192, per cui era incongruo pretendere che il giudice, pur avendo ascoltato la lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari contestate al testimone in dibattimento, fosse costretto a ignorarle ai fini della decisione.

Con quest'ultima sentenza cadeva in radice la separazione tra procedimento e processo: l'eccezione al contraddittorio diventava la regola. È da notare che si trattava di una controriforma che forse peggiorava addirittura le cose rispetto al codice Rocco; in quel sistema l'istruzione era condotta da un giudice che, almeno in linea di principio, doveva restare *super partes*; ora assumevano valore di prova dibattimentale atti compiuti unilateralmente dal pubblico ministero, una delle parti del processo.

### *I provvedimenti tampone e il nuovo intervento della Corte*

Il legislatore mostrò qualche resistenza di fronte a questo brusco ritorno all'indietro. Con il D.L. n. 306 del 1992 si ritoccò l'art. 500 stabilendo che le dichiarazioni rese nel

corso delle indagini preliminari contestate al testimone potevano essere acquisite al fascicolo per il dibattimento, ma potevano essere usate come prova solo se esistevano altri elementi che ne confermassero l'attendibilità. In pratica non si poteva condannare solo sulla base delle vecchie dichiarazioni.

Con la legge n. 267 del 1997 il legislatore si spinse ancora oltre, intervenendo sull'art. 513 per stabilire che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari nei confronti di altri, coimputati nel medesimo processo cumulativo (comma 1) o imputati in procedimenti connessi o collegati (comma 2), da chi in dibattimento si rifiutava di sottoporsi all'esame o si avvaleva della facoltà di non rispondere potevano assumere valore di prova solo con il consenso dell'imputato destinatario delle dichiarazioni. Si trattava evidentemente di un'eventualità assai rara, che, seppure con qualche anno di ritardo, di fatto ripristinava nei processi di mafia i canoni minimi di un sistema accusatorio.

La nuova versione dell'art. 513 fu tuttavia immediatamente sottoposta a un vaglio di legittimità costituzionale, da cui scaturì, per effetto di una pronuncia additiva, un'ulteriore riformulazione della norma. Con la sentenza n. 361 del 1998, infatti, i giudici delle leggi riconobbero l'esistenza di tre principi di rango costituzionale tra loro bisognosi di bilanciamento: a) il diritto al silenzio che compete all'imputato anche quando abbia reso dichiarazioni nei confronti di altri; b) il diritto dell'imputato destinatario delle dichiarazioni a sottoporre al vaglio del controesame la credibilità del suo accusatore; c) la superiore funzione del processo di accertamento dei reati e delle relative responsabilità. L'equilibrio individuato dal legislatore doveva però considerarsi irragionevole perché la funzione di accertamento del processo veniva pregiudicata dalle scelte arbitrarie del "pentito", che pure nel corso delle indagini aveva liberamente reso dichiarazioni contro altri, di sottoporsi all'esame dibattimentale e dell'imputato di prestare o meno il consenso all'utilizzo dei relativi verbali. Doveva perciò estendersi anche all'imputato la (nuova) disciplina prevista per il testimone, nel senso che qualora l'imputato non prestasse il consenso all'uso delle vecchie dichiarazioni, queste potevano comunque essere contestate, acquisite e valutate come prova, sempre che vi fossero altri elementi a suffragarne l'attendibilità. Il congegno costruito dalla Corte prevedeva in sostanza, pur senza il presupposto della diffidenza tra le nuove e le vecchie dichiarazioni, le contestazioni a un soggetto che, essendosi avvalso della facoltà di non rispondere, pur essendo fisicamente presente in dibattimento si sottraeva al controesame. Insomma, ancora una volta, dei tre principi bisognosi di un bilanciamento individuati dalla Corte ad essere sacrificato finiva per essere il contraddittorio

## 2 – Il giusto processo

### *Riforma costituzionale*

Visto che a giudizio della Corte i principi accusatori ispiratori del codice risultavano incompatibili con la Costituzione, ad un certo punto il legislatore si è risolto a modificare la Costituzione stessa.

La legge costituzionale n. 2 del 1999 ha così modificato il testo dell’art. 111 Cost., introducendo cinque commi che delineano la fisionomia del giusto processo.

Il modello è costituito dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che per l’appunto sancisce le regole del *fair process*.

Accanto ad alcune disposizioni il cui effetto normativo era forse già ricavabile dal testo costituzionale, nella riforma dell’art. 111 Cost. hanno un valore fortemente innovativo i commi 4 e 5 che stroncano in radice ogni possibile ulteriore riflusso inquisitorio: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

A scanso di equivoci, con diretto riferimento alla *vexata quaestio* dell’uso dei verbali investigativi, si è precisato che «la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore».

In via eccezionale l’uso di una prova non acquisita in contraddittorio è possibile solo in casi tassativi: se vi è il consenso dell’imputato, se l’acquisizione in dibattimento è oggettivamente impossibile o se i risultati dell’acquisizione dibattimentale della prova sono condizionati per effetto di una provata condotta illecita (diretta ad esempio a minacciare un testimone).

### *La legge n. 63 del 2001*

Ai nuovi principi è stata data attuazione con la legge n. 63 del 2001.

In parte la legge ripristina le disposizioni che appartenevano alla versione originaria del codice del 1988 e che erano state toccate dagli interventi della Corte costituzionale. Ad esempio viene reintrodotto nell’art. 195 il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria, specificando che il divieto ha ad oggetto le dichiarazioni da verbalizzare.

In parte la legge ricalibra alcune disposizioni adeguandole alle nuove regole del giusto processo. Così, ad esempio, mentre ripristina nell’art. 500 il generale divieto di uso probatorio delle dichiarazioni contestate al testimone, prevede alcune eccezioni, l’accordo delle parti o la provata condotta illecita, coerenti con le eccezioni al contraddittorio ammesse dall’art. 111, comma 5, Cost.

L’aspetto più innovativo della legge n. 63 del 2001, tuttavia, riguarda le dichiarazioni rese contro altri dagli imputati di reati connessi o collegati. Prendendo spunto dalla sentenza della Corte cost. n. 361 del 1998, tra i tre principi bisognosi di bilanciamento il legislatore ha scelto di sacrificare in parte non il diritto al contraddittorio, ma il diritto al silenzio. Ha perciò configurato nell’art. 197-bis l’istituto della testimonianza assistita, in forza del quale, a certe condizioni e con certe garanzie, alcuni tra gli imputati dichiaranti *erga alios* assumono un vero e proprio obbligo testimoniale.



# Capitolo VII

## IL PROCESSO PENALE OGGI

### 1 – Il problema della ragionevole durata del processo

#### *I dati*

In base ai dati pubblicati dal Ministero della Giustizia nel 2016 vi sono circa un milione e mezzo di processi penali in attesa di definizione; la durata media dei processi si aggira intorno ai cinque anni. Un grandissimo numero di reati, circa 120.000, si estingue per prescrizione. In poche parole la capacità di smaltimento degli affari penali da parte degli uffici giudiziari è strutturalmente inferiore al numero di nuovi procedimenti; l'arretrato cresce di anno in anno e la giustizia o arriva molto in ritardo o, se interviene la prescrizione, non arriva mai.

Nel ramo civile la situazione, se possibile, è anche peggiore, ma è chiaro che in ambito penale, ove sono in gioco sia la capacità dello Stato di punire gli autori dei reati sia l'onore e la libertà degli imputati, quei numeri sono davvero drammatici.

#### *Le cause*

In modo assai approssimativo possiamo individuare le cause della lentezza dei processi in quattro fattori tra loro concorrenti che trovano origine: *a)* nella legislazione penale sostanziale; *b)* nella legislazione penale processuale; *c)* nell'organizzazione amministrativa; *d)* nella realtà sociale italiana.

*a)* La legislazione penale sostanziale è affetta da una marcata ipertrofia. Le rare spinte razionali verso una significativa depenalizzazione cedono spesso il passo a politiche di segno opposto che, tentando di placare l'allarme sociale innescato dai fatti di cronaca con la previsione di severe sanzioni penali, in spregio al canone dell'*extrema ratio* moltiplicano le fattispecie incriminatrici. Emblematico, in questa chiave, il reato di ingresso e soggiorno illegale nello Stato (art. 10-bis D. lgs. n. 286 del 1998, introdotto dalla legge n. 94 del 2009), per cui, ad esempio, coloro che hanno la fortuna di essere sopravvissuti alla traversata del Mediterraneo e, disperati, affamati, senza più nulla, sbarcano sulle nostre coste dovrebbero essere sottoposti a un processo penale finalizzato all'irrogazione di una ammenda da 5000 a 10000 euro!

*b)* La svolta accusatoria del 1988 ha senza dubbio allungato i tempi del processo. Con il codice Rocco i moltissimi casi di letture permesse (artt. 462-463), l'uso probatorio dei c.d. rapporti di polizia (art. 466) la prassi del "dar per letto" (art. 466-bis) e il frequente invito ai testimoni comparsi in dibattimento di limitarsi a confermare le dichiarazioni rese nell'istruttoria consentivano dibattimenti relativamente rapidi. L'aver eletto il dibattimento a sede della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, con tendenziale irrilevanza degli atti compiuti nell'indagine preliminare, ha introdotto una importantissima garanzia, che però, senza dubbio, ha dei costi in termini di tempo. Il

legislatore del 1988 ritenne di poter compensare la scelta accusatoria con l'introduzione dei riti alternativi, il rito abbreviato e il patteggiamento, che si fondano proprio sugli atti dell'indagine preliminare. Forse per una diffidenza iniziale o forse per qualche rigidità operativa questi riti non hanno avuto il "successo" sperato, né purtroppo si può ragionevolmente sperare che lo abbiano in futuro: per una larga fascia di reati puniti con sanzioni medio-basse, lo sconto di pena premiale del rito alternativo risulta ormai meno appetibile della seria prospettiva, nelle more dello svolgimento del rito ordinario, della prescrizione del reato.

c) Dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa vi sono carenze continue nella copertura dell'organico dei magistrati (più del 10%). Vi sono poi ancora maggiori carenze nell'organico degli assistenti giudiziari e dei cancellieri (più del 20%); ciò comporta spesso la chiusura degli uffici nel pomeriggio e in alcuni giorni della settimana e impedisce naturalmente la trattazione di un numero di processi superiore. Da moltissimo tempo è stato poi rilevato che a causa della grande parcellizzazione degli uffici giudiziari, per cui vi sono moltissimi Tribunali cui sono assegnati pochi magistrati, una minima carenza negli organici rischia di paralizzare gli uffici. Più in generale, inoltre, a causa delle condizioni economiche non brillanti del paese, le risorse destinate alla gestione ordinaria dell'amministrazione della giustizia si sono notevolmente ridotte.

d) Non si può infine trascurare quella che potremmo definire come una particolare propensione a delinquere nazionale. Da un lato abbiamo la presenza tanto radicata quanto estesa di organizzazioni criminali, in grado di "parassitare" ampi settori delle istituzioni e dell'economia, che assorbe larghissima parte dell'impegno degli uffici giudiziari. Dall'altro abbiamo un'inusitata percentuale di crimini dei "colletti bianchi", in particolare politici e imprenditori (i reati di riferimento sono ad es. concussione, corruzione, bancarotta fraudolenta, etc.), che, sebbene quantitativamente non rilevanti, per il rango sociale degli imputati, per la rilevanza mediatica dei processi, a volte per il numero delle persone offese (si pensi al c.d. crac Parmalat), finiscono per rallentare moltissimo la trattazione dei procedimenti ordinari. Si tratta di fenomeni che, in termini quantitativi, non trovano analogo riscontro in nessun altro paese europeo. Le statistiche rilevano che in Italia, in rapporto alla popolazione, mentre la percentuale di giudici è nella media europea, la percentuale di procedimenti è di circa il doppio.

### *I rimedi*

Posta la pregiudiziale ideologica del divieto di risolvere il problema della ragionevole durata del processo riducendo le garanzie (perché, come ha efficacemente affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009, è il processo "giusto" a dover concludersi in tempi ragionevoli), realisticamente occorrerebbe operare anzitutto sugli altri fattori: depenalizzazione, lotta alla mafia e alla criminalità politica ed economica con strategie preventive non penali, investimenti (uomini e mezzi) nell'amministrazione della giustizia. Per operare in queste direzioni mancano talvolta le risorse, talvolta la volontà politica, talvolta il consenso sociale.

## **2 – Le politiche dell'emergenza e il "pendolo" delle garanzie**

È accaduto molto di frequente che la disciplina del processo penale abbia subito delle torsioni autoritarie in corrispondenza di fenomeni politici e sociali di rilievo penale (terroismo, criminalità organizzata, immigrazione clandestina, c.d. “femminicidio”).

Di recente sembra affacciarsi un fenomeno in parte diverso: le forze politiche sembrano manifestare interesse più che alla tutela della sicurezza, alla gestione dell’insicurezza dei cittadini: la lotta contro il crimine si trasforma da fine a mezzo per la ricerca del consenso, per cui, più che sedarlo, risulta utile suscitare l’allarme sociale. La manipolazione dell’insicurezza, grazie alla collusione dei media, diviene così tecnica di controllo politico. Un indice di questa piega, ormai comunemente definita come deriva securitaria, sta nella clamorosa divaricazione tra percezione collettiva del rischio, che mostra un andamento crescente, e dati statistici sulla criminalità, costantemente decrescenti e comunque inferiori rispetto alla media europea

Come che sia, sono oramai divenuti consueti provvedimenti che, a seguito di questa o quella emergenza che ha trovato largo spazio sui *media*, intervengono a modificare singoli istituti o norme del processo penale. Si tratta nella maggior parte dei casi di decreti legge, spesso giornalisticamente denominati “pacchetti sicurezza”, approvati frettolosamente e tecnicamente assai difettosi, che per lo più cozzano contro la sistematica codicistica, imponendo alla magistratura una defatigante opera di razionalizzazione.

Il fenomeno è senza dubbio collegato, oggi più che in passato, con la lentezza dei processi, che ritarda moltissimo e a volte impedisce l’accertamento delle responsabilità penali. Nell’esigenza di mostrare la propria prontezza, il legislatore, invece di impegnarsi nell’arduo compito di rimuovere a monte le cause dell’irragionevole durata dei processi accelerando la pronuncia di sentenze definitive, tende a intervenire soprattutto in modo da favorire un impiego massiccio della custodia cautelare in carcere, con il più o meno larvato scopo di anticipazione della pena. Si può parlare in questa prospettiva di un uso simbolico del processo penale: la restrizione della libertà personale nel corso del processo di determinate categorie di imputati serve a rappresentare simbolicamente nei confronti della collettività l’immediata volontà di reazione dello Stato contro un certo fenomeno criminale.

Altre volte, ma meno frequentemente, capita che l’ispirazione autoritaria della legislazione così prodotta finisca nel mirino e susciti reazioni di segno opposto, ad esempio quando finisce nella rete qualche personaggio che appartiene all’*establishment* politico, culturale o imprenditoriale. Seguono perciò riforme che ristabiliscono la fisiologia del sistema. Si potrebbe dire un po’ cinicamente che la propensione a delinquere delle classi dirigenti costituisce in questa fase politica il maggiore argine contro involuzioni autoritarie.

### **3 –Destruzione e “doppio binario”.**

Un codice, vale a dire un’unica legge che regoli organicamente un’intera materia, rispetto al continuo susseguirsi di interventi normativi puntuali, ha senza dubbio il vantaggio di presentare una maggiore coerenza sistematica e un’unitarietà nell’ispirazione; ogni codice insomma ha, o almeno dovrebbe avere, una sua filosofia di fondo.

Le politiche dell’emergenza hanno però portato il legislatore in questi ultimi anni a una serie di interventi che hanno configurato, pur nella trama del codice, degli autentici

“sottosistemi”, individuati per lo più in base ai titoli di reato, selezionati tra quelli che destano un maggior allarme sociale, caratterizzati dall’applicabilità di norme ispirate a una filosofia di fondo affatto diversa. Si è parlato perciò di “destrutturazione” del sistema. La norma chiave, da questo punto di vista, è l’art. 51, che attribuisce alla procura distrettuale il compito di indagare su un elenco di gravi reati [in breve: mafia, riduzione in schiavitù, sequestri, stupefacenti e contrabbando (comma 3-bis); procedimenti per i delitti tentati o consumati con finalità di terrorismo (comma 3-quater); procedimenti per reati sessuali e reati informatici (comma 3-quinquies)]; all’art. 51 infatti fanno rinvio oggetto di rinvio una vasta pluralità di norme che derogano alle regole ordinarie.

Il sottosistema quantitativamente più importante è senza dubbio quello relativo ai procedimenti per i reati di criminalità organizzata (associazione a delinquere di stampo mafioso, delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione di tali associazioni o commessi al fine di agevolarle) per i quali si parla correntemente di regime di “doppio binario”. Le deroghe principali riguardano la durata delle indagini, i presupposti delle intercettazioni, l’applicabilità della custodia cautelare in carcere, l’assunzione della prova orale.

Incominciano ad avere un rilevo significativo anche le disposizioni processuali che riguardano gli stranieri immigrati clandestini o irregolari.

## 4 – Verso un giusto processo comune europeo

A partire dalle sentenze “gemelle” (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007), che hanno riconosciuto alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e del cittadino, nell’interpretazione ad esse fornita dalla Corte di Strasburgo, il rango di fonti interne sovraordinate alla legislazione ordinaria, l’ordinamento italiano, in sintonia con quelli degli altri Stati europei aderenti, sta attraversando un’importante fase di adeguamento ai principi del giusto processo europeo.

Il motore di questo adeguamento è essenzialmente giurisprudenziale. In prima battuta i giudici comuni devono preferire tra le più possibili letture delle disposizioni processuali penali nazionali quella conforme alle norme della Convenzione europea. In seconda battuta, se tra la fonte interna e quella convenzionale vi è un contrasto non superabile in via interpretativa, il sindacato di legittimità costituzionale, in cui la fonte convenzionale figura come norma interposta grazie al rinvio operato dall’art. 117, comma 1, Cost., consente la rimozione della fonte interna. Infine, qualora l’eventuale contrasto tra fonte interna e fonte convenzionale non sia stato rilevato o riconosciuto nel processo nazionale, su ricorso del condannato la Corte europea dei diritti dell’uomo, nel condannare l’Italia per la violazione dei diritti convenzionali, può suggerire contestualmente l’adozione di una specifica riforma legislativa. In tal caso spetterebbe al legislatore attivarsi. Tuttavia se la condanna ad opera della Corte di Strasburgo conduce a una revisione del processo (Corte cost. n. 113 del 2011), nell’ambito di quel giudizio, in cui dovrebbe teoricamente applicarsi nuovamente la norma interna censurata, sarà possibile denunciarne l’illegittimità costituzionale ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost.

L’insieme di questi meccanismi, moltiplicati per il numero di paesi aderenti alla Convenzione (dal Portogallo alla Russia, dalla Gran Bretagna alla Turchia), consente di immaginare un percorso lento ma costante nella direzione di un giusto processo comune europeo.

## 5 – Crisi del principio di legalità processuale

Con la riforma dell’art. 111 Cost. operata nel 1999 si è provveduto a enunciare espressamente, accanto al principio di legalità penale già previsto dall’art. 25, comma 2, Cost., il principio di legalità processuale: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Gli ultimi anni tuttavia, proprio per il manifestarsi di tutti i fenomeni fin qui descritti, sono stati piuttosto caratterizzati da una marcata accentuazione del ruolo creativo della giurisprudenza a discapito del principio di legalità.

In primo luogo, in conseguenza della lentezza dei processi e del sovraccarico di procedimenti che gravano sugli uffici giudiziari, si registrano due fenomeni assai significativi: anzitutto un forte scollamento tra norme e prassi, per cui, per esigenze di speditezza, il lavoro viene disbrigato dai giudici del merito secondo moduli operativi peculiari *praeter legem* o addirittura *contra legem*, spesso diversi da ufficio a ufficio; poi la giurisprudenza di Cassazione, per evitare l’annullamento per ragioni formali di condanne che appaiono *prima facie* fondate nel merito, tende spesso a privilegiare un’interpretazione delle norme che amplia la discrezionalità giudiziale, consentendo una valutazione caso per caso della «decisività» del vizio, dell’«effettivo pregiudizio» da esso derivante, etc.

In secondo luogo le politiche dell’emergenza, la moltiplicazione di interventi legislativi scoordinati di segno contrastante e la destrutturazione del processo in una pluralità di sottosistemi impongono alla giurisprudenza una difficile opera di ricostruzione dogmatica, che finisce in larga parte per essere assai creativa.

In terzo luogo non soltanto il percorso di adeguamento al giusto processo comune europeo è guidato dalla giurisprudenza – giudici ordinari, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo – ma anche il punto di arrivo è individuato dalla giurisprudenza, in particolar modo da quella europea, alla cui interpretazione i giudici nazionali sono tendenzialmente tenuti a uniformarsi. Peraltro poiché le pronunce della Corte di Strasburgo non guardano tanto all’astratta legittimità del procedimento, ma alla concreta lesione dei diritti convenzionali, la loro ricezione nei singoli ordinamenti è tutt’altro che banale, implicando a tutti i livelli una verifica assai complessa sulla possibilità di generalizzare l’incidenza della singola vicenda giudiziaria sulla normativa interna e sulle soluzioni interpretative adottabili.

Si può dire, in conclusione, che la giurisprudenza, nell’affrontare i problemi che affliggono il processo penale oggi, tende lodevolmente ad assumersi la responsabilità della tenuta del sistema, una responsabilità di cui invece il legislatore non sa o non vuole farsi carico; ma il prezzo di questa situazione si paga soprattutto in termini di legalità (riserva di legge, tassatività e determinatezza) della disciplina del processo.

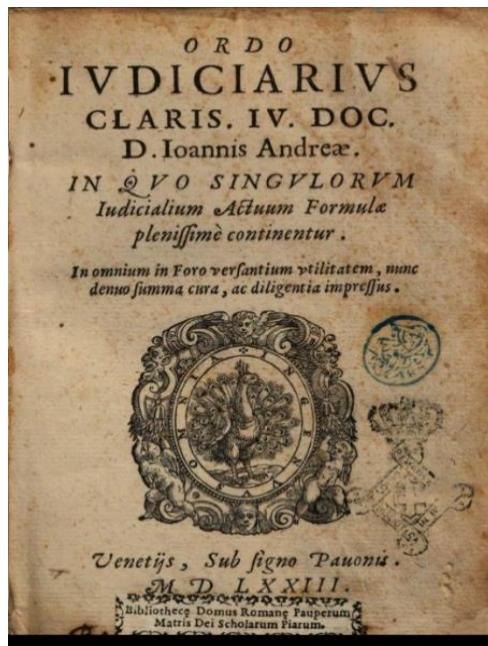
## Bibliografia

- ALESSI, G., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma - Bari, 2001
- DEZZA, E., *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009
- LACCHÈ, L., *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990.
- SBRICCOLI, M., *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 903.
- Storia d'Italia*, XII – *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1998.
- VALLERANI, M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005.

## Galleria



Dieric Bouts il vecchio – “L’ordalia del fuoco” (c.a 1470). La moglie di un conte ingiustamente condannato a morte per decapitazione giura sulla sua innocenza davanti all’imperatore Ottone, tenendo da un lato il capo mozzato del marito e dall’altro un ferro rovente.



Il frontespizio dell’edizione cinquecentesca dell’*Ordo iudiciorum* del canonista Giovanni D’Andrea (1270-1348), allievo e poi insegnante nella Scuola di Bologna.



L'allegoria dell'ingiustizia (1306) di Giotto, nella Cappella degli Scrovegni di Padova, rappresenta un giudice ormai da lungo tempo immobile nel suo scranno, mentre ai suoi piedi si commettono delitti di ogni tipo, tanto che davanti a lui è cresciuta una fitta vegetazione. L'affresco mostra come, in un'epoca contrassegnata da una grande conflittualità politica e sociale, matura l'esigenza di una giustizia più attiva, non passivamente rimessa all'iniziativa delle parti, che porta alla nascita del sistema inquisitorio.



La tortura della corda nell'illustrazione del *Codex Theresianum* (1753) promulgato dall'Imperatrice Teresa d'Austria.



III frontespizio dell'edizione cinquecentesca delle Istruzioni per i giudici inquisitori, opera di Tomàs de Torquemada (1420-1498), primo inquisitore generale della Spagna, attivo soprattutto nei confronti di *marranos* e *moriscos*, rispettivamente ebrei e mussulmani sospettati di falsa conversione al cattolicesimo.



La lapide collocata di fronte alla della Colonna infame, elevata a Milano nell'agosto 1630 tra piazza Vetra e corso Ticinese, sul luogo ove sorgeva la casa di uno dei condannati nel processo agli untori seguito all'epidemia di peste. La colonna infame, giudicata in seguito un monumento all'ignoranza e alla barbarie, fu distrutta nel 1778. La lapide, che ricorda il nome degli imputati, le condotte loro attribuite e i supplizi cui vennero sottoposti è oggi conservata nel Castello Sforzesco.



Un'edizione settecentesca dell'opera di Cesare Beccaria. Nell'immagine a sinistra la Giustizia rifiuta scandalizzata le teste portategli dal boia.



Giandomenico Pisapia (1915-1995), professore di diritto e procedura penale, presidente della Commissione ministeriale dai cui lavori è nato il codice del 1988.



La prima pagina di un quotidiano del 23 maggio 1992 che annuncia la strage di Capaci, in cui persero la vita Giovanni Falcone, la moglie e i cinque uomini della scorta.



La sede della Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo.

# Sezione 3

## PROCESSO PENALE E COSTITUZIONE

### Capitolo I

#### LE REGOLE SUL PROCESSO

##### 1 - Il principio di legalità

L'art. 25, comma 2, Cost. stabilisce il principio di legalità in materia penale: nessuno può essere punito, né sottoposto a misure di sicurezza, se non in forza di una (previa) legge. La giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre riconosciuto l'esistenza di una riserva di legge anche in ambito processuale penale (Corte cost. n. 128 del 1963); A seguito della riforma costituzionale del 1999, l'art. 111, comma 1, Cost. ora dispone espressamente: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Il principio di legalità processuale assume un autonomo rilievo nell'ambito della prospettiva culturale che riconosce nella normativa processuale penale lo “statuto” della libertà del cittadino contro le pretese punitive arbitrarie dell'autorità: la mutevolezza del confine “politico” tra autorità e libertà spiega la necessità che la disciplina degli atti, incaricata di trovare il giusto equilibrio tra garanzie difensive ed esigenze di accertamento, sia riservata al massimo organo della rappresentanza democratica, il Parlamento, e possa eventualmente essere sottoposta al controllo di legittimità costituzionale.

Il principio di legalità si traduce in primo luogo in una riserva di legge in materia processuale. Nulla esclude tuttavia che norme processuali penali siano veicolate da atti del Governo aventi forza di legge, decreti legge e decreti delegati. Anzi di regola il procedimento che conduce all'approvazione del codice di procedura penale prevede una legge delega approvata dal Parlamento, che contiene principi e criteri direttivi, e l'approvazione, con decreto del Presidente della Repubblica, delle disposizioni predisposte in sede governativa. Come stabilisce a chiare lettere l'art. 117, comma 2, lett. *l*), Cost., non esiste invece una potestà legislativa regionale concorrente: lo Stato ha la competenza esclusiva in tema di «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa».

Nella consolidata riflessione dei penalisti la riserva di legge estende i suoi effetti in almeno due ambiti, relativi alla tecnica di formulazione normativa e all'interpretazione giudiziaria: determinatezza, tassatività.

Quanto al primo profilo si ritiene necessario che il legislatore, nel costruire le fattispecie, eviti espressioni generiche o ambigue ed impieghi costruzioni linguistiche e

sintattiche particolarmente nitide, altrimenti in concreto sarebbe il giudice, caso per caso, a riempire di significato le disposizioni penali. Si considera perciò la determinatezza quale corollario della riserva di legge.

In relazione alla disciplina del processo penale la Costituzione prevede alcuni vincoli specifici di sufficiente determinatezza nei casi in cui sia consentita la limitazione di libertà inviolabili; ad esempio, ai sensi dell'art. 14, comma 1, Cost., la legge deve indicare i casi e i modi nei quali vanno eseguiti i mezzi di ricerca della prova. Bisogna però domandarsi se la riserva di legge, ora espressamente introdotta anche con riferimento alle disposizioni processuali, veicoli in via generale, anche oltre il tema della libertà personale, un'analogia esigenza di determinatezza, e perciò il divieto di usare espressioni che lascino troppo ampi margini di discrezionalità giudiziale. Il punto è molto controverso. Si può argomentare in senso positivo che la riserva di legge implica necessariamente quantomeno che la concreta estensione dei diritti e dei doveri che competono ai soggetti del processo, non possano essere rimessi alla discrezionalità giudiziale.

Con “principio di tassatività” si indica in genere il divieto di analogia, in quanto la legge penale non deve applicarsi oltre i casi espressamente considerati. In ambito penale sostanziale il principio di tassatività è considerato un corollario della riserva di legge, diretto a evitare che il giudice assuma un ruolo creativo nella definizione dell'illecito penale.

In ambito processuale penale invece tradizionalmente si ritiene che, fatte salve le rare disposizioni che veicolano *ius singulare*, sia in genere lecito impiegare il procedimento analogico. Tanto è vero che il legislatore ordinario, quando ha voluto circoscrivere la libertà interpretativa del giudice impedendogli l'argomentazione per analogia, ha dovuto espressamente affermarlo. Ad esempio enunciando il principio di tassatività delle nullità (art. 177) e dei mezzi di impugnazione (art. 568). Si tratta di un'opinione che, a dispetto del nuovo art. 111, comma 1, Cost., forse può essere in parte conservata, per i casi in cui la “creazione” giurisprudenziale di un atto del giudice, modellato su un altro, predisposto per casi simili con identità di funzioni, diretto a risolvere eventuali intoppi procedurali, non incida sui diritti e i doveri dei soggetti del processo.

## 2 – Giurisdizione e giusto processo

Il primo comma dell'art. 111 Cost. stabilisce che la giurisdizione si attua mediante il “giusto processo”. La formula, ripresa dalla rubrica dell'art. 6 C.e.d.u., garantisce l'apertura dell'ordinamento italiano alle tradizioni processuali comuni europee veicolate dalle analoghe espressioni *fair process* o *équitable procés*.

Ci si domanda se la costituzionalizzazione di tale formula abbia un valore solo simbolico, nel senso che le concrete regole che caratterizzano il giusto processo sono poi quelle contenute nei commi successivi dell'art. 111 Cost., oppure debba intendersi come rinvio a una serie di valori suscettibili di ampliamento in relazione all'evoluzione della società, sul modello dei «diritti inviolabili dell'uomo» menzionati nell'art. 2 Cost.

La risposta più aderente al dato positivo, e al principio di legalità che deve caratterizzare la materia processuale penale, è senza dubbio la prima.

L'interpretazione evolutiva della formula è comunque oggi garantita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 C.e.d.u., contraddistinta da un chiaro progetto di espansione dei diritti dell'uomo, che, come sappiamo, vincola il giudice

italiano a un’interpretazione conforme, o, se del caso, a denunciare l’illegittimità costituzionale, ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost., delle disposizioni nazionali difformi.

### 3 – Principio di uguaglianza

A norma dell’art. 3, comma 1, Cost. tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

La disposizione, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, veicola due norme. La prima può essere definita come divieto di discriminazione: la disciplina processuale non può prevedere un trattamento differenziato che, rispetto alla disciplina comune, abbia come unico presupposto il ricorrere di una variante relativa a uno di quegli elementi<sup>1</sup>.

La seconda, di carattere generale, impone al legislatore il canone della “ragionevolezza” per cui situazioni o posizioni simili debbono ricevere un pari trattamento, mentre situazioni o posizioni differenti debbono ricevere un trattamento adeguatamente differenziato<sup>2</sup>.

### 4 – La presunzione di non colpevolezza

L’art. 27, comma 2, Cost., facendo piazza pulita delle concezioni reazionarie veicolate dal codice Rocco, riafferma con forza che «l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

La presunzione di non colpevolezza è senza dubbio il principio cardine del processo penale. Esso ha un evidente fondamento politico in quanto mira a tutelare la libertà del cittadino, proteggendolo dalle accuse arbitrarie e dal rischio di un errore giudiziario. Secondo l’ aurea formula attribuita all’imperatore Traiano, che risponde ancora al comune sentimento, è preferibile lasciare impunito un crimine che condannare un innocente (Dig. lib. XLVIII, tit. 19, l. 5).

Dal principio discendono una regola probatoria, una regola di giudizio e una regola di trattamento, strettamente connesse, che operano in ambiti processuali diversi.

---

<sup>1</sup> Un recente intervento della Corte costituzionale che ha fatto applicazione di questa norma ha colpito la legge n. 124 del 2008, “Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato” (c.d. Lodo Alfano). L’art. 1 stabiliva che i processi penali nei confronti quattro più alte cariche dello Stato (Presidenti della Repubblica, del Senato, della Camera dei deputati e del Consiglio) fossero sospesi dalla data di assunzione alla data di cessazione della carica. La sospensione, a parte alcune eccezioni, doveva applicarsi per tutti i reati, compresi quelli non legati all’esercizio delle funzioni, commessi prima dell’assunzione della carica. In concreto, per effetto della legge, colui che ricopriva una delle più alte cariche dello Stato aveva diritto alla sospensione del processo anche se si trattava di un furto di galline ipoteticamente commesso da privato cittadino. Con la sentenza n. 262 del 2009 la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità della legge, osservando che la sospensione del processo si traduceva in una prerogativa diretta a salvaguardare determinati organi costituzionali lesiva del principio di uguaglianza, e perciò regolabile soltanto con una legge costituzionale.

<sup>2</sup> Ad esempio la sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 2015 ha dichiarato illegittimo l’art. 275, comma 3, c.p.p., che, in deroga al regime ordinario, prevedeva la misura cautelare della custodia in carcere quale esito “fisiologico” sia per i partecipi all’associazione mafiosa sia per i c.d. concorrenti esterni, in quanto per i secondi, alleati ma non interni all’associazione, non può presumersi che solo il carcere potrebbe impedire il protrarsi della condotta criminosa.

In primo luogo l'imputato non è tenuto a collaborare in alcun modo all'accertamento del fatto; è perciò riconducibile alla presunzione di non colpevolezza il diritto al silenzio: l'imputato può sempre avvalersi della facoltà di non rispondere.

In secondo luogo l'onere della prova incombe su chi sostiene l'accusa; la mancata dimostrazione della colpevolezza dell'imputato impone perciò l'assoluzione, secondo l'antica regola *in dubio pro reo*.

In terzo luogo nel corso del processo l'imputato, di regola, finché la sua colpevolezza non viene dimostrata, ha diritto a non essere sottoposto a una pena. Si dice perciò che l'art. 27, comma 2, Cost. veicola il divieto di anticipazione di una pena. Quest'ultimo è l'aspetto senza dubbio più problematico della presunzione di innocenza. Oggi come ieri può risultare necessario sottoporre l'imputato a misure restrittive della libertà personale ben prima che il processo sia giunto a una conclusione. Si tratta perciò di conciliare la disciplina delle misure cautelari con il divieto di anticipazione di pena, differenziando con chiarezza presupposti e finalità delle prime e della seconda. Secondo l'impostazione del legislatore del 1988, la chiave per la razionalizzazione del sistema sta nel concepire le misure cautelari, comunque provvisorie ed eccezionali, come esclusivamente funzionali al soddisfacimento di determinate esigenze cautelari, senza sovraccaricarle né direttamente né indirettamente delle funzioni tipiche della sanzione penale. In questo senso il codice tipizza nell'art. 274 c.p.p. le finalità che sole legittimano la restrizione della libertà personale di un imputato ancora assistito dalla presunzione di innocenza: il pericolo di inquinamento delle prove, il pericolo di fuga e il pericolo di commissione di reati. Se non ricorre alcuna esigenza cautelare, per quanto grave sia il quadro indiziario a carico dell'imputato la restrizione della libertà personale non è ammessa.

La Costituzione stabilisce espressamente che la presunzione di non colpevolezza assiste l'imputato fino alla condanna definitiva, vale a dire fino a che non siano esaurite, o non più esperibili, le impugnazioni ordinarie, che consentono la denuncia di eventuali vizi della decisione. In altri paesi europei e nella stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo la presunzione si arresta invece alla sentenza di primo grado: «Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata» (art. 6, comma 2, Cedu). La rafforzata garanzia costituzionale trova però il suo fondamento nella fisiologica fallibilità dell'accertamento penale: finché sono in corso i controlli previsti dall'ordinamento, da cui potrebbero emergere errori o vizi della decisione, la condizione dell'imputato non può essere modificata.

Per quanto i suoi tre corollari vengano rigorosamente rispettati sul piano processuale, la previsione costituzionale della presunzione di non colpevolezza non riesce e forse non potrebbe incidere su un altro piano, extraprocessuale, che riguarda la reputazione del cittadino nei confronti della collettività. Capita spesso infatti che i *media*, “trattino” gli imputati, o addirittura gli indagati, alla stregua di presunti colpevoli, inducendo l'opinione pubblica a precocissimi giudizi di condanna, con danni personali, sociali ed economici spesso enormi. D'altra parte anche il diritto di cronaca gode di rilievo costituzionale. I *media* perciò, nel dare la doverosa copertura informativa alle notizie che rivestono un reale interesse pubblico, dovrebbero contestualmente assumere tre responsabilità: *a)* informare che, nel nostro sistema, il primo momento nel quale la consistenza degli indizi a carico viene vagliata da un giudice in presenza di un difensore si ha con il giudizio di riesame (dopo un'ordinanza cautelare) o con l'udienza preliminare (in caso di richiesta di

rinvio a giudizio); *b*) attenersi a una rigorosa deontologia professionale con riferimento agli aspetti emotivi della comunicazione (con attenzione perciò ai titoli, alla “coloritura” delle espressioni, alle immagini); *c*) restituire alla collettività l’idea che il processo si colloca agli antipodi del giudizio sommario “di piazza”. La fame di cronaca dell’opinione pubblica e l’aspettativa di ritorno economico degli editori remano tuttavia in direzione contraria.

## 5 – Obbligatorietà dell’azione penale

A norma dell’art. 112 Cost. il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale.

Questa norma costituisce espressione e insieme garanzia di almeno due valori:

*a*) neutralità dell’organo. Nell’instaurazione dei processi il pubblico non può essere influenzato da considerazioni sociali o politiche, sia che queste siano suggerite dalle autorità di governo sia che queste siano figlie del suo personale sistema di valori. L’obbligatorietà dell’azione, escludendo ogni scelta discrezionale o valutazione di opportunità, costringe il pubblico ministero a una rigorosa neutralità.

*b*) uguaglianza dei destinatari. L’obbligatorietà, imponendo l’esercizio dell’azione penale ogni qualvolta ricorrono i presupposti stabiliti dalla legge, garantisce la parità di trattamento e l’uguaglianza dei cittadini nei rapporti con l’amministrazione della giustizia.

La disposizione costituzionale non indica quali siano i presupposti in presenza dei quali sorge l’obbligo ma non è realistico, oltre ad essere in palese contrasto con l’efficienza del processo, che il pubblico ministero abbia l’obbligo di esercitare l’azione penale ogni qualvolta pervenga una notizia di reato, potendosi queste rivelare, a seguito delle indagini, del tutto infondate. Si ritiene perciò che l’art. 112 Cost. obblighi senza dubbio il pubblico ministero anzitutto a effettuare le indagini ogni volta che gli pervenga una notizia di reato, ma abbia l’obbligo di esercitare l’azione solo quando dalle indagini emerga quanto meno un *fumus* di fondatezza della notizia, secondo i parametri fissati dal legislatore ordinario.

E’ osservazione comune che se il pubblico ministero potesse valutare liberamente il soddisfacimento di tali parametri, l’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale potrebbe essere esposta a una facile elusione. Si ritiene perciò costituzionalmente opportuna la previsione di strumenti di controllo nei casi in cui il pubblico ministero, non ravvisandone i presupposti, non intenda esercitare l’azione penale. La disciplina dell’archiviazione, che impone al pubblico ministero una richiesta al giudice per le indagini preliminari, è prevista a tale scopo.

La regola dell’obbligatorietà dell’azione è molto discussa, non tanto in relazione alla sua astratta opportunità, quanto alla sua effettività. Dato l’altissimo numero di notizie di reato che pervengono negli uffici del pubblico ministero, impossibili da smaltire, una larga parte di esse sono destinate alla prescrizione. Così il pubblico ministero, decidendo insindacabilmente quali procedimenti mandare avanti e quali lasciare nelle retrovie, finisce di fatto per tornare arbitro dell’azione penale. Alcuni suggeriscono perciò di legalizzare questa realtà e di accogliere per intero il modello anglosassone, che prevede l’esercizio dell’azione penale subordinato a una valutazione di opportunità da parte del

pubblico ministero; altri propendono per una predeterminazione legale di criteri di priorità a cui le procure debbano attenersi.

## 7 – Parità delle parti

A norma dell'art. 111, comma 2, Cost. il giusto processo impone che le parti si trovino su un piano di parità. La parità si misura sui poteri che concretamente a ciascuna di esse siano attribuite; in questo senso è particolarmente felice l'espressione francese *égalité des armes*.

Naturalmente esistono atti il cui compimento è consentito soltanto a una delle parti; ad esempio la difesa non è ammessa ad effettuare intercettazioni né a compiere qualsivoglia altro atto che comporti una compressione di diritti costituzionalmente garantiti. La norma costituzionale non impone perciò un'assoluta identità di poteri, ma un complessivo equilibrio.

Un certo sbilanciamento tra i poteri delle parti può anche dipendere dalla fase processuale nella quale ci si trova. Ad esempio è fisiologico che nelle indagini preliminari, che talvolta si svolgono all'insaputa dell'indagato, siano riconosciuti al pubblico ministero un insieme di poteri decisamente soverchianti; in dibattimento si ha tendenzialmente una piena parità, mentre nella fase delle impugnazioni potrebbe verificarsi uno sbilanciamento a favore della difesa.

La Corte costituzionale ha precisato che gli squilibri tra i poteri delle parti, in quanto incidono negativamente sul principio di parità, devono trovare un fondamento in valori meritevoli di tutela ed essere contenuti entro un limite ragionevole (cfr. Corte cost. n. 26 del 2007).

## 8 – Terzietà del giudice

L'art. 111, comma 2, Cost. esige che il processo si svolga davanti a un giudice «terzo».

La nozione di terzietà è stata introdotta nella carta costituzionale soltanto con la riforma del 1999, affiancata a quella di imparzialità del giudice, inducendo gli interpreti a differenziare adeguatamente i due profili. Secondo la lettura prevalente, imparzialità e terzietà misurano l'equidistanza del giudice dalle parti rispettivamente in concreto e in astratto. Il giudice è imparziale se non ha alcun tipo di vicinanza personale con le parti o di interesse nella specifica vicenda che è chiamato a giudicare; è terzo quando la sua figura professionale è, dal punto di vista ordinamentale, distinta da quella delle parti e quando le funzioni che è tenuto a esercitare nel processo si limitano allo *ius dicere*, escludendo ogni forma di tutela, sia pure in via sussidiaria, degli interessi di parte.

Inteso in questo senso il valore della terzietà del giudice risulta congruente soprattutto con i processi a struttura accusatoria, in quanto garantisce la separazione di funzioni tra i soggetti processuali, in particolare tra il pubblico ministero e il giudice. In questa prospettiva possono risultare problematiche quelle situazioni nelle quali il codice attribuisce al giudice iniziative *ex officio* nella formulazione dell'accusa oppure nell'acquisizione delle prove.

La disposizione costituzionale ha riaperto il dibattito, mai sopito, sulla separazione delle carriere. Si sostiene infatti che non sia possibile un'autentica terzietà del giudice se costui condivide con i magistrati della pubblica accusa concorso, inquadramento

professionale, carriera, associazioni rappresentative, etc. e se i ruoli sono interscambiabili, per cui è possibile ad esempio passare alle funzioni giudicanti dopo aver svolto a lungo quelle requirenti. Colleganza e comunanza di abitudini, mentalità e stili potrebbero indurre in udienza il giudice a prestare pregiudizialmente maggior credito al pubblico ministero e a sminuire ruolo e funzioni della difesa.

L'art. 13 del d. lgs. n. 106 del 2006, così come modificato dalla legge n. 111 del 2007, è venuto parzialmente incontro a queste preoccupazioni, stabilendo che il passaggio ad altra funzione può essere richiesto solo dopo cinque anni di permanenza nella funzione esercitata, per non più di quattro volte nell'arco della carriera, previo corso di qualificazione professionale e giudizio di idoneità, e sempre che la destinazione sia un ufficio di un distretto di un'altra regione.

## 9 – Imparzialità del giudice

A norma dell'art. 111, comma 2, Cost. il giudice deve essere imparziale.

L'imparzialità, intesa in senso ampio come serenità di giudizio, è tutelata indirettamente dalla Costituzione in molte forme, ad es. con l'indipendenza del giudice, con la sua terzietà, con la sua precostituzione per legge o con lo stesso contraddittorio nella formazione della prova.

Nell'art. 111, comma 2, Cost. l'imparzialità, come già osservato, va intesa perciò in un'accezione più ristretta: il legislatore ha l'obbligo di apprestare una disciplina idonea a scongiurare che il giudice in concreto, nella trattazione dei singoli processi, possa risultare non equidistante dalle parti.

Nella disciplina positiva si tengono in considerazione soprattutto tre profili: i rapporti di parentela con altri soggetti del processo, l'interesse o il coinvolgimento personale nei fatti di causa oppure il pregiudizio, nei casi in cui il giudice sia privatamente sia nell'esercizio delle sue funzioni abbia già espresso la sua opinione sul caso che si trova a dover affrontare. Si tratta dei casi in cui il giudice viene considerato incapace oppure incompatibile. I rimedi previsti vanno dall'astensione (art. 36) alla ricusazione (art. 37) e, talvolta, alla nullità (art. 178, comma 1, lett. a).

La disciplina dell'incompatibilità funzionale del giudice, che mira a evitare che la medesima persona fisica si trovi a svolgere nuovamente funzioni giudicanti nell'ambito del medesimo procedimento al quale aveva già partecipato (art. 34) è stata quella più colpita da pronunce di legittimità costituzionale, volte a estendere additivamente le ipotesi originariamente previste.

## 10 – Giudice naturale

Ai sensi dell'art. 25, comma 1, Cost. «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». Il principio del giudice naturale ha una lunga storia.

Nelle elaborazioni della dottrina politica dell'*ancien régime* (secc. XVI-XVIII), i magistrati sono in senso tecnico delegati del Re: la titolarità della funzione giurisdizionale continua ad appartenere a quest'ultimo. Così, in forza di questa *justice retenue*, il Re poteva sempre avocare a sé un caso oppure dislocare giudici e processi a suo piacimento.

È soltanto nel corso del Settecento, ad opera degli intellettuali illuministi e, in particolare di Montesquieu, che si afferma la teoria della separazione dei poteri -

legislativo, esecutivo e giurisdizionale - ciascuno dei quali doveva risultare indipendente dall'altro, libero di esercitare, senza interferenze, le proprie funzioni. Sotto il profilo che stiamo affrontando, dunque, il principio della separazione dei poteri portava a sottrarre la funzione giurisdizionale all'influenza del potere politico; a distinguere, insomma, giustizia e politica.

In questa direzione nel pieno della rivoluzione francese l'Assemblea costituente, con l'art. 17 del *Décret sur l'organisation judiciaire* 16-24 agosto 1790, stabiliva, per la prima volta nella storia delle istituzioni giudiziarie: «L'ordine costituzionale della giurisdizione non potrà essere alterato, né gli imputati potranno essere sottratti ai loro giudici naturali, per mezzo dell'istituzione di alcun giudice straordinario, né la causa potrà essere assegnata a giudici speciali o comunque trasferita ad altro giudice se non in forza di quanto stabilito dalla legge». Tale disposizione (che contiene alcuni concetti fondamentali «ordine giudiziario», giudice «naturale», giudice «speciale», giudice «straordinario», i cui confini verranno più chiaramente tracciati nel corso del tempo) costituì il modello di riferimento per tutte le successive legislazioni europee moderne, chiarendo che la separazione tra giustizia e politica è indispensabile per garantire l'imparzialità del giudice.

Il concetto di giudice naturale è legato a quello di competenza del giudice. In tutti gli ordinamenti vigono norme specifiche che individuano quale sia il giudice competente, ad es. in relazione al luogo ove è stato commesso il fatto o alla gravità del reato. Se il potere politico avesse la piena disponibilità di tali regole o potesse introdurvi liberamente deroghe *ad hoc*, potrebbe interferire in modo assai penetrante nell'amministrazione della giustizia, dislocando i processi di maggiore rilievo politico presso uffici giudiziari più propensi a garantire un esito predeterminato. Sotto questo profilo il principio del giudice naturale tutela indirettamente il diritto delle parti a un giudice imparziale.

La formula costituzionale pone una triplice garanzia.

Anzitutto l'art. 25 Cost. pone una riserva di legge sulle regole in base alle quali si determina la competenza del giudice, escludendo in tal modo ogni possibile intervento del potere esecutivo. Questo aspetto è ribadito anche dalla C.e.d.u. nell'art. 6, comma 1, ove si parla di tribunale «costituito dalla legge».

In secondo luogo, tali regole devono essere pre-costituite, ossia devono essere già in vigore nel momento in cui si tratta di stabilire la competenza del giudice; ogni modifica successiva non ha effetto sui processi che si sono già regolarmente incardinati. In questo senso la formula normativa «nessuno può essere distolto ...» esprime con chiarezza il divieto di sottrazione della causa al suo giudice naturale sulla base di un provvedimento successivo.

L'art. 25, comma 1, Cost., tuttavia, nulla dice in ordine al momento a partire dal quale “scatta” la garanzia della precostituzione e diventa operativa l'incapacità di eventuali modifiche delle regole sulla competenza a incidere sulla destinazione del processo al suo giudice naturale. La dottrina maggioritaria ritiene che si debba tenere conto del *dies delicti*. Si tratta senza dubbio dell'opinione più garantista perché impedisce al Parlamento di modificare efficacemente le regole di competenza dopo il fatto di reato, scongiurando interventi *ad hoc* motivati da considerazioni politiche. Una simile regola potrebbe incontrare talvolta difficoltà applicative. *Quid iuris* nel caso in cui si venga a conoscenza della commissione di un fatto di reato a grandissima distanza di tempo, quando le regole

di competenza e persino l'ordinamento giudiziario potrebbero essere stati completamente rivoluzionati? Forse per queste ragioni la Corte costituzionale tende a mostrarsi assai elastica, ammettendo che la competenza possa essere efficacemente modificata dal legislatore non solo dopo il *dies delicti*, ma addirittura quando i processi sono già in corso, purché tale modifica sia motivata dall'esigenza di un nuovo ordinamento sulla competenza e non dall'intenzione di influire su determinate controversie (Corte cost. n. 72 del 1976). Un simile orientamento lascia piuttosto perplessi: “l'intenzione di influire su determinate controversie” è un elemento psicologico di assai ardua e discrezionale ricognizione, la cui riconducibilità al testo dell'art. 25, comma 1, Cost. è piuttosto labile, inadeguato alla determinatezza che il concetto di «precostituzione» esige. Forte della giurisprudenza della Corte, tuttavia, il legislatore spesso introduce nei provvedimenti legislativi modificativi della competenza disposizioni transitorie dirette a consentire l'applicabilità delle nuove norme ai procedimenti già in corso, purché non sia stato dichiarato aperto il dibattimento.

Nelle formule tradizionali, il concetto di giudice “naturale” sintetizzava, come abbiamo visto, la sua appartenenza alla magistratura ordinaria, la riserva di legge sui criteri di individuazione della competenza e l'irretroattività delle modifiche. Poiché nella Costituzione tali principi sono stati espressamente enunciati, l'espressione “giudice naturale” contenuta nell'art. 25 sembra oggi priva di autonomo significato. Molte sentenze della Corte costituzionale affermano perciò che ad essa non vada assegnato alcun significato ulteriore, rispetto a quello già espresso dalla precostituzione legislativa delle regole di competenza del giudice (Corte cost. n. 29 del 1958). Un orientamento dottrinale tuttavia respinge l'idea che la naturalità sia concetto normativamente vuoto; afferma invece che la sfera della naturalità individui all'interno dell'area della legale precostituzione del giudice un ambito più circoscritto, con riferimento al giudice la cui competenza sia ancorata al *locus commissi delicti*. In effetti il luogo ove è stato commesso il fatto è il territorio dove si trova la comunità più direttamente colpita dagli effetti del reato e dove è ovviamente necessario effettuare le indagini e raccogliere le prove. Sarebbe dunque non “naturale”, anche se legalmente precostituito, il giudice investito della cognizione di un processo relativo a fatti accaduti al di fuori della sua circoscrizione territoriale.

Il codice di fatto si è uniformato a tale opinione collegando di regola la competenza territoriale al luogo dove è stato commesso il fatto. Naturalmente il principio di territorialità è suscettibile di deroghe purché dettate dall'esigenza di soddisfare altri principi costituzionali equivalenti. Così, ad esempio, è possibile la rimessione del processo in altra sede (art. 45 ss. c.p.p.), qualora gravi situazioni locali possano mettere in pericolo l'imparzialità dei soggetti del processo.

Si discute se il principio del giudice naturale debba applicarsi solo all'individuazione della competenza dell'ufficio giudiziario, o anche, nell'ambito del singolo ufficio giudiziario competente, all'assegnazione dei processi alle sezioni interne agli uffici, o, ancora, alla partecipazione dei singoli magistrati a tali sezioni interne. Secondo la Cassazione il «giudice» di cui si parla nell'art. 25, comma 1, Cost. è solo l'ufficio giudiziario nel suo complesso. La dottrina ha però segnalato che la garanzia dell'imparzialità del giudice ha senso proprio con riferimento alle persone fisiche concretamente chiamate a giudicare, più che alla sede giudicante. Come si è felicemente

osservato, per eludere il principio del giudice naturale basterebbe applicare anche temporaneamente presso l'ufficio giudiziario competente i magistrati appartenenti all'ufficio giudiziario più gradito. Il legislatore si è fatto carico di queste preoccupazioni. La ripartizione degli uffici giudiziari in sezioni, la destinazione dei singoli magistrati alle sezioni e la formazione dei collegi giudicanti sono stabiliti ogni triennio con decreto del Ministro della Giustizia, su proposta dei Presidenti di Corte d'appello approvata dal CSM, mentre l'assegnazione degli affari è effettuata secondo criteri obiettivi e predeterminati indicati dallo stesso CSM (art. 7-bis e 7-ter del R.D. n. 12 del 1941 “Ordinamento giudiziario”).

## 11 – Obbligo di motivazione

Ai sensi dell'art. 111, comma 6. Cost. «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

La garanzia dell'obbligo di motivazione ha un'origine contemporanea ma indipendente alla fine del Settecento nel Regno di Napoli e nella Francia rivoluzionaria. In entrambi casi, più che di riconoscere diritti alle parti, si trattava di fornire all'autorità politica strumenti di controllo sulla fedeltà dei magistrati, normalmente espressione di ceti aristocratici portatori di interessi centrifughi.

Nel Regno di Napoli l'obbligo di motivazione nasce dal persistente conflitto tra le istanze accentratrici e assolutistiche della monarchia e le resistenze tardo feudali dei baroni, che esprimevano la maggior parte del ceto dei magistrati. Nel 1774, su ispirazione del ministro Bernardo Tanucci, giurista toscano divenuto uno degli uomini più autorevoli della Corte napoletana, Ferdinando IV promulgò i Dispacci Reali coi quali obbligava i giudici dei tribunali a motivare le sentenze, ordinandone poi la loro raccolta e pubblicazione. Il provvedimento, che incontrò moltissime resistenze, fu abrogato dopo pochi anni.

In Francia l'obbligo di motivazione nasce per effetto indiretto dell'istituzione del *Tribunal de cassation*, incaricato di vigilare sull'esatta osservanza della legge da parte dei giudici. Era infatti necessario che i giudici di merito palesassero la propria ricostruzione del fatto, in modo che i giudici di legittimità potessero controllare se a tale fatto fossero state correttamente applicate le disposizioni normative rilevanti. L'obbligo di motivazione, introdotto con la legge 16-24 agosto del 1790, fu confermato dal *code d'instruction criminelle* del 1808 e fu recepito in tutti i paesi europei in cui, insieme alle armate napoleoniche, si accolse anche la legislazione francese.

Nel corso dell'Ottocento l'obbligo di motivazione a poco a poco diventò più penetrante: dall'obbligo di esporre nella motivazione la ricostruzione del fatto accolta dal giudice si passò all'obbligo di indicare le prove a sostegno di tale ricostruzione e, infine, all'obbligo di dar conto anche della valutazione di tali prove.

Nei paesi di *common law*, nei quali le principali decisioni sono prese da organi giudiziari composti da una giuria, chiamata a risolvere attraverso un verdetto immotivato le questioni di fatto, la motivazione non è costituzionalmente garantita.

L'obbligo di motivazione ha una triplex funzione. In primo luogo costituisce espressione del principio della pubblicità del processo, in antitesi alla sua antica segretezza. La giustizia in una società democratica dev'essere trasparente, in modo che la collettività possa rendersi conto del modo in cui essa viene concretamente amministrata.

Si parla in tal senso di funzione extraprocessuale della motivazione. In secondo luogo induce il giudice a decisioni razionali: l'intuito o il sentimento del giudice, per trasformarsi in una sentenza, devono essere in grado di trasformarsi in argomenti in fatto e in diritto adatti a comporre un discorso persuasivo. In terzo luogo consente il controllo della decisione da parte del giudice dell'impugnazione, il quale può così eventualmente accorgersi dei vizi o degli errori contenuti nella sentenza.

L'obbligo costituzionale è codificato nell'art. 125, comma 3, a norma del quale le sentenze e le ordinanze sono motivate a pena di nullità.

## 12 – Il controllo sulla violazione di legge

L'art. 111, comma 7, Cost. stabilisce che contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La disposizione veicola un diritto costituzionale a impugnare davanti ai giudici di legittimità le decisioni giurisdizionali. Si è parlato in questa prospettiva di un diritto al ricorso per cassazione (Corte cost. n. 395 del 2000). Il legislatore ordinario, che pure non risulta obbligato a prevedere un giudizio di appello che riesamini la vicenda nel merito, non potrebbe invece abolire il ricorso per cassazione o restringerne i presupposti o i motivi.

Quanto ai presupposti sembra decisiva la ricognizione della forma del provvedimento: le sentenze o, se è in gioco la libertà personale, anche le ordinanze. Una precoce giurisprudenza della Corte costituzionale ha però chiarito che non conta tanto la forma tipica del provvedimento, che il legislatore potrebbe artificiosamente modulare in modo da sottrarlo al controllo, quanto la sua sostanza: va perciò considerato alla stregua di una sentenza ogni provvedimento idoneo a incidere in modo definitivo su diritti soggettivi.

Quanto ai motivi, il diritto è limitato al controllo sulla violazione di legge. In forza di tale disposizione, a tutela delle funzioni ordinamentali dell'organo, il legislatore non ha previsto la possibilità di affidare alla Corte di cassazione un nuovo accertamento di merito. Ciò nonostante, nel diritto vigente, la ricostruzione del fatto accolto nei gradi precedenti non sfugge al controllo indiretto dei giudici di legittimità attraverso il sindacato sulla motivazione della sentenza.

L'art. 111, comma 7, Cost. è stato riprodotto quasi pedissequamente dall'art. 568, comma 2, che deroga al tradizionale principio di tassatività delle impugnazioni, secondo cui l'impugnazione è ammessa solo quando è espressamente prevista dalla legge; si ritiene perciò che, anche qualora non sia previsto un mezzo di impugnazione, i provvedimenti decisorii sulla libertà personale affetti da violazione di legge possano essere comunque oggetto di ricorso per cassazione. Il tema è trattato a proposito della c.d. "abnormita", una delle specie non codificate di invalidità.

All'art. 111, comma 7, Cost. va accostato l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 7 alla C.e.d.u. che garantisce il diritto di chi è stato condannato da un giudice penale a un doppio grado di giurisdizione.

## 13 – Ragionevole durata del processo

Come già osservato, le accresciute garanzie del rito accusatorio, unite alle inefficienze organizzative dell'amministrazione della giustizia, hanno determinato una vera e propria crisi dei processi civili e penali, con un numero annuo di cause decise sempre inferiore a quello delle cause iscritte a ruolo, con un progressivo accumulo di arretrato sempre più difficile da smaltire.

L'art. 6, comma 1, C.e.d.u. proclama che «ogni persona ha diritto a un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole».

Nella giurisprudenza della Corte e.d.u. la durata viene computata considerando come *dies a quo* quello in cui una persona è accusata, in senso atecnico (basta un'informazione di garanzia, una perquisizione, un arresto, etc) e come *dies ad quem* la sentenza dibattimentale, o, nel caso di impugnazioni, con la decisione finale. Per ciascuna delle fasi del processo la Corte ha individuato dei termini intermedi di durata ragionevole. Incidono sul computo la complessità del caso, la condotta dell'imputato e il comportamento dell'autorità procedente.

L'applicazione di questi parametri ha condotto ben presto l'Italia a detenere il triste primato europeo di sentenze di condanna per irragionevole durata del processo. Paradossalmente l'irragionevole durata del processo italiano, invece, di essere stata debellata dalla Corte europea ha rischiato di contagiare la Corte europea stessa, seppellita dalla valanga di ricorsi provenienti dall'Italia.

Con la legge cost. n. 2 del 1999, che sostanzialmente ha costituzionalizzato l'art. 6 C.e.d.u., si è introdotta nell'art. 111, comma 2, Cost. la regola per cui «la legge ... assicura la ragionevole durata» del processo.

Sul significato della disposizione costituzionale si è registrato un immediato dibattito. Alcuni sostengono che il principio della ragionevole durata del processo vada inteso come garanzia “soggettiva” per l'imputato, ossia come diritto alla ragionevole durata del processo che si aggiunge al catalogo dei diritti fondamentali di matrice giusnaturalistica. Altri sostengono che il principio della ragionevole durata del processo vada inteso come garanzia “oggettiva”, ossia come dovere del legislatore di conformare la disciplina del processo a tale esigenza.

Il nodo della questione sta nella disponibilità del diritto. Se la garanzia è intesa in senso soggettivo, quindi rinunciabile dall'imputato, si teme il dilagare di tecniche dilatorie più o meno strumentalmente impiegate dagli imputati per raggiungere l'auspicata prescrizione; se la garanzia è oggettiva, si teme che, grazie alla tecnica del bilanciamento, il legislatore possa avvalersene per circoscrivere o attenuare le garanzie del giusto processo. Sul punto è intervenuta con grande chiarezza la Corte costituzionale, con la sentenza n. 317 del 2009, affermando che «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento [...]. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo [...]. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (Corte cost. n. 317 del 2009).

In attesa di trovare rimedi per l'irragionevole durata dei processi, con la legge n. 89 del 2001, la c.d. legge “Pinto”, si è introdotta in Italia una procedura diretta a richiedere il risarcimento dei danni in caso di violazione del diritto a un processo dalla ragionevole durata. Il fine pratico della legge, purtroppo, ha finito per essere non tanto quello di garantire l'effettivo risarcimento, che si scontra con le limitate disponibilità economiche

## I – LE REGOLE SUL PROCESSO

predisposte a tal fine, quanto, data la presenza di un ricorso interno, quello di evitare o ridurre o comunque rimandare le condanne in sede europea.

## Cap. II

# LE LIBERTÀ FONDAMENTALI DEL CITTADINO

### 1 – Libertà personale

L’art. 13, comma 1, Cost. afferma che la libertà personale è inviolabile.

A dispetto della solennità dell’affermazione, i commi seguenti disciplinano le ipotesi nelle quali la restrizione della libertà personale risulta costituzionalmente compatibile.

In particolare si prevede una riserva di legge rinforzata (solo la legge può prevedere una simile restrizione, indicando però i casi e i modi) e una riserva di giurisdizione (occorre un provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria). Nel lessico costituzionale «autorità giudiziaria» indica, oltre al giudice, anche il pubblico ministero. Nel codice, tuttavia, non solo la sentenza di condanna, ma anche le ordinanze cautelari vanno pronunciate da un giudice.

La Costituzione prevede anche la possibilità che, in casi eccezionali di necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza possa adottare provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale. In tali casi è però necessario un procedimento piuttosto rapido che conduca alla convalida: entro quarantotto ore dalla sua emissione il provvedimento va comunicato all’autorità giudiziaria, ed entro ulteriori quarantotto ore, che decorrono dalla comunicazione, l’autorità giudiziaria deve pronunciarsi sulla convalida. Se entro tali termini non sopraggiunge una convalida, il provvedimento decade automaticamente.

La disciplina costituzionale trova una specifica attuazione con riferimento all’arresto in flagranza (art. 380 ss. cp.p.) e al fermo di indiziato di delitto (art. 384 ss. c.p.p.), che possono essere disposti da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, ma che, a pena di decadenza, devono essere convalidati, previa richiesta del pubblico ministero, in un’apposita udienza dal giudice nei termini prescritti (art. 391 c.p.p.).

Con riferimento alla disciplina delle misure cautelari, l’art. 13 Cost. va integrato con il principio della presunzione di innocenza. L’art. 13 Cost. infatti si limita a pretendere che la restrizione della libertà personale si fondi su una legge che indichi i casi e i modi, senza indicare più specificamente quali debbano essere tali casi e modi. Si tratta di ciò che la dottrina ha stigmatizzato come «vuoto dei fini» dell’art. 13 Cost.: qualunque presupposto legislativamente previsto soddisfarebbe la garanzia costituzionale. Sotto il vigore del codice Rocco si riteneva perciò compatibile coll’art. 13 Cost. una disciplina che per molti reati imponeva la carcerazione preventiva in presenza di sufficienti indizi di commissione di un reato. E’ evidente però che una simile disciplina tradiva la presunzione di innocenza nella misura in cui una prognosi di colpevolezza conduceva a un’anticipazione della pena. Si ritiene oggi, perciò, che il legislatore non è del tutto libero nel determinare «i casi» di restrizione della libertà personale, ma deve stabilire dei presupposti compatibili con la presunzione di innocenza. Come già ricordato il legislatore del 1988 ha individuato a tale scopo le esigenze cautelari nell’art. 274 c.p.p.

Sempre in tema di misure cautelari, l'art. 13, comma 5, Cost.. contiene una disposizione importantissima per evitare la confusione tra misura cautelare e sanzione penale. Senza dubbio una misura cautelare restrittiva della libertà personale finirebbe per tradursi di fatto in un'anticipazione della pena qualora, indipendentemente dai presupposti che la legittimano, la sua durata non fosse ragionevolmente circoscritta e potesse protrarsi per un tempo analogo a quello previsto per la sanzione penale. Mentre i primi due codici di procedura penale italiani di ispirazione liberale prevedevano perciò dei limiti massimi per la carcerazione preventiva, il codice Rocco, con l'esplicito plauso del guardasigilli che li considerava «aberranti e insidiosi», li abolì, in modo che la carcerazione preventiva potesse protrarsi fino alla condanna e saldarsi con la pena. Per queste ragioni, nel riaffermare l'inviolabilità della libertà personale e la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva, i costituenti hanno stabilito espressamente nell'art. 13, comma 5, Cost., pur senza indicare limiti, che la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

## 2 – Domicilio

L'art. 14, comma 1, Cost. proclama l'inviolabilità del domicilio.

Anche in questo caso il secondo comma attenua l'assoluzza della precedente affermazione, stabilendo che ispezioni, perquisizioni o sequestri nel domicilio possono essere effettuati secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale, vale a dire sulla base di una legge che ne disciplini casi e modi in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Per domicilio si intende, secondo quanto previsto dal codice penale, l'abitazione o altro luogo di privata dimora o le loro appartenenze. Non è necessario che la destinazione di un determinato luogo a privata dimora sia connotato da stabilità o abitualità, purché si tratti di uno spazio isolato dall'esterno da cui sono chiaramente esclusi terzi non espressamente autorizzati.

Nella disciplina codicistica la nozione di «autorità giudiziaria» è intesa nel suo significato più ampio: ispezioni (art. 244 ss. c.p.p.), perquisizioni (art. 247 ss. c.p.p.) e sequestri (art. 253 ss.) sono disposti con decreto motivato dal pubblico ministero.

Ci si è domandati se il riferimento ai tradizionali mezzi di ricerca della prova sia tassativo. Il problema si è posto ad esempio in relazione ad un mezzo investigativo certamente ignoto ai tempi dell'approvazione della Costituzione, vale a dire le videoriprese nel domicilio (tramite le c.d. «cimici»). Si ritiene comunemente che l'elenco non sia tassativo e che la garanzia valga anche in relazione a tutte le forme di compressione dell'inviolabilità del domicilio che il progresso delle tecnologie investigative dovesse mettere a disposizione.

L'uso di mezzi di ricerca della prova di nuovo tipo, diversi da quelli già codificati, può perciò aprire dei problemi di compatibilità con l'art. 14 Cost., specie nella misura in cui esso pretende che l'inviolabilità del domicilio possa essere limitata solo «nei casi e nei modi stabiliti dalla legge». E' per questa ragione che la Corte di cassazione, a sezioni unite, in attesa di un'apposita regolamentazione, ritiene inutilizzabili nel processo le videoriprese nel domicilio.

Il richiamo alle garanzie previste per la tutela della libertà personale vale anche con riferimento alla procedura d'urgenza, per cui sono possibili interventi della polizia giudiziaria, da sottoporre a convalida ad opera del pubblico ministero nei brevi tempi prescritti.

### 3 – Comunicazioni

L'art. 15, comma 1, Cost. proclama che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

Dal punto di vista della disciplina processuale penale la libertà delle comunicazioni viene in rilievo con riferimento ad esempio al sequestro della corrispondenza (art. 254 c.p.p.), che può escludere la consegna al destinatario, mentre la segretezza delle comunicazioni viene in rilievo soprattutto con la disciplina delle intercettazioni delle conversazioni a distanza (telefoniche o telematiche) o tra presenti (art. 266 ss. c.p.p.).

L'art. 15, comma 2, Cost. stabilisce che la limitazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge.

Quanto ai soggetti, il codice consente anche al pubblico ministero di disporre il sequestro di corrispondenza; per le intercettazioni di comunicazioni esige invece un provvedimento del giudice, tranne nei casi di urgenza, nei quali esse possono essere disposte, salvo convalida, dal pubblico ministero.

Non è espressamente prevista, a differenza degli artt. 13 e 14 Cost., una procedura che legittimi l'autorità di pubblica sicurezza a interventi urgenti. La Corte costituzionale, con riferimento al sequestro di corrispondenza, ha tuttavia considerato non incostituzionale una procedura che conduca nei tempi celeri prescritti per le altre libertà a una convalida ad opera del pubblico ministero (Corte cost. n. 100 del 1968). Il codice di procedura penale stabilisce sul punto un'articolata disciplina che consente alla polizia giudiziaria di fermare provvisoriamente l'inoltro di corrispondenza, senza prendere visione del contenuto, in attesa del tempestivo intervento del pubblico ministero (art. 353 c.p.p.). Per quanto riguarda l'intercettazione di conversazioni, invece, non è previsto alcun atto urgente ad opera della polizia giudiziaria.

Come si sarà notato, il comma 2 dell'art. 15 afferma che le limitazioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni vanno disposte non «nei casi e nei modi» ma «con le garanzie» stabilite dalla legge. Si ritiene che l'espressione veicoli, oltre a un vincolo formale, anche un vincolo di tipo sostanziale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 34 del 1973, ha affermato che la legge deve stabilire, quali requisiti delle intercettazioni, la loro necessità e la ragionevole aspettativa di ottenere risultati utili per le indagini, ed imporre limiti di durata e il segreto sulle conversazioni non rilevanti.

## **Capitolo III**

# **I DIRITTI PROCESSUALI DELL'IMPUTATO**

### **1 - Diritto all'informazione**

L'art. 111, comma 3, Cost. stabilisce che «nel processo penale la persona accusata di un reato sia nel più breve tempo possibile informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico».

Il destinatario della garanzia va ravvisato nella persona sottoposta a un procedimento penale. Nel lessico dei processualisti, per la verità, l'«accusa» è l'atto con cui si instaura il dibattimento (ad es. il decreto che dispone il giudizio, pronunciato al termine dell'udienza preliminare), ma è evidente che la garanzia ha senso proprio nei casi in cui un dibattimento non c'è ancora. Deve perciò ritenersi che la formula del legislatore costituzionale sia atecnica: si tratta in effetti di un calco dall'art. 6 C.e.d.u., a norma del quale ogni accusato ha diritto a essere informato, nel più breve tempo, e in maniera dettagliata, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui. La garanzia perciò non può non riferirsi anche al semplice indagato nel corso delle indagini preliminari.

Proprio perché la garanzia riguarda anche la fase delle indagini, la Costituzione ha dovuto bilanciare il diritto all'informazione dell'indagato con l'esigenza di segretezza, propria di quella fase, funzionale a un efficace accertamento: è evidente che in molti casi un'informazione incautamente precoce potrebbe favorire condotte di dispersione delle prove. Si è perciò previsto che l'informazione sia fornita «nel più breve tempo possibile». Spetta al legislatore stabilire (tenuto conto del tipo di procedimento, dei fisiologici tempi di ricerca delle prove e del tipo di atto da compiere) qual è il primo momento in cui la consapevolezza dell'indagato relativa all'esistenza di un'indagine in corso non comporti rischi per l'efficacia delle indagini.

L'istituto più rilevante sotto tale profilo è quello dell'informazione di garanzia, disciplinata dall'art. 369.

Quanto all'oggetto dell'informazione, mentre la C.e.d.u. impone un contenuto «dettagliato», la Costituzione prevede l'indicazione «della natura e dei motivi» dell'accusa. Con questa formula, anch'essa non del tutto nitida, si ritiene si faccia riferimento alla descrizione del fatto, vale a dire la concreta condotta attribuita all'indagato o all'imputato (i motivi dell'accusa) e alla qualificazione giuridica di tale condotta, vale a dire l'indicazione della fattispecie penale sostanziale che si assume violata (la natura dell'accusa).

Poiché tale garanzia, oltre che nelle indagini, vale anche nel dibattimento, la Corte e.d.u. ha censurato la disciplina italiana che, nell'art. 521, comma 1, prevede la possibilità per il giudice, fermo restando il fatto, di condannare l'imputato inquadrando quel fatto in una fattispecie incriminatrice diversa e più grave rispetto a quella contestata dal pubblico ministero (Corte e.d.u. 11 marzo 2008, Drassich c. Italia). La lesione del diritto

all’informazione infatti pregiudica la possibilità per l’imputato di esercitare, con riferimento nel caso di specie alla «natura» dell’accusa, il suo diritto di difesa.

In una società democratica in cui giocano un ruolo così importante i mezzi di comunicazione di massa, l’informazione può costituire un diritto a doppio taglio: la divulgazione della notizia dell’esistenza di un procedimento penale a carico di una persona può comportare danni irreversibili alla reputazione, con gravissime conseguenze sul piano familiare, lavorativo e sociale. La Costituzione ha perciò previsto che l’informazione dovuta all’imputato sia fornita «riservatamente».

## 2 – Il diritto all’interprete

L’art. 111, comma 3, Cost., ultimo periodo impone che la persona accusata «sia assistita da un interprete «se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo». Anche in questo caso occorre una lettura estensiva della disposizione a vantaggio dell’imputato anche nel corso delle indagini preliminari.

La C.e.d.u., aggiunge che l’interprete va fornito gratuitamente.

Il diritto all’interprete è oggi molto importante sia in relazione al processo di integrazione europea sia in relazione al fenomeno dell’immigrazione da paesi extracomunitari.

Non a caso una delle prime direttive dell’Unione europea in materia di procedimento penale (possibile solo a seguito del Trattato di Lisbona del 2007), ha ad oggetto il diritto all’interpretazione e alla traduzione (Direttiva 2010/64/UE).

Il legislatore è perciò intervenuto abbastanza tempestivamente con il D. lgs. n. 32 del 2014, che ha modificato gli artt. 143 ss., garantendo gratuitamente sia l’assistenza di un interprete sia la traduzione degli atti.

## 3 – Il diritto di difesa

### *Autodifesa*

Ai sensi dell’art. 24, comma 2, Cost. «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

Si tratta di un diritto tanto pervasivo che riesce difficile circoscrivere i suoi aspetti a questo o a quell’aspetto: in un certo senso tutto il processo è attuazione del diritto di difesa. Se ne possono cogliere però alcuni punti di emersione: autodifesa, difesa tecnica, garanzie strumentali.

In prima battuta il diritto di difesa è anzitutto diritto all’autodifesa: all’indagato e all’imputato va riconosciuto il diritto di difendersi personalmente davanti all’autorità giudiziaria. Nella disciplina codicistica l’autodifesa è variamente consentita: ad es. l’art. 415-bis garantisce all’indagato di essere interrogato dal pubblico ministero alla conclusione delle indagini prima che costui si determini a chiedere il rinvio a giudizio; nel caso in cui venga disposta una misura cautelare, l’art. 294 dispone che il giudice per le indagini preliminari che l’ha emessa, entro 5 o 10 giorni a seconda del tipo di misura, proceda all’interrogatorio “di garanzia” del destinatario del provvedimento; nel corso del processo l’imputato può sempre rendere dichiarazioni spontanee (art. 494) o chiedere di essere formalmente sottoposto ad esame (art. 208).

### *Diritto all’assistenza di un difensore*

Il diritto di difesa include naturalmente anche il diritto all’assistenza di un difensore. L’art. 6, comma 3, lett. *c*), C.e.d.u., stabilendo che ogni accusato ha segnatamente diritto a difendersi da sé o avere l’assistenza di un difensore di propria scelta, sembra delineare la difesa tecnica come una libera scelta: l’interessato potrebbe perciò scegliere di affidare le sue sorti processuali esclusivamente all’autodifesa.

Su questo aspetto c’è una discrasia tra Costituzione e C.e.d.u., che ammette la possibilità per l’imputato di difendersi da sé (art. 6, comma 3, lett. *c*). La questione è stata messa a fuoco nel corso degli anni Settanta, durante la stagione del terrorismo, quando spesso gli imputati, dichiarandosi come prigionieri politici, rifiutavano insieme al processo la stessa assistenza difensiva. Il diritto all’assistenza di un difensore, tuttavia, non è posto a tutela soltanto dei diritti individuali dell’imputato, ma della stessa funzione cognitiva del processo: va considerato scarsamente affidabile un accertamento unilateralmente condotto, senza il controllo e l’iniziativa del difensore. La Corte Costituzionale ha perciò negato l’esistenza di un diritto all’autodifesa (Corte cost. n. 125 del 1979). Il codice prevede infatti che, qualora non nomini un difensore di fiducia, l’imputato debba essere assistito da un difensore nominato d’ufficio (art. 97) e che l’inosservanza delle disposizioni concernenti l’assistenza dell’imputato determina la nullità (art. 178, lett. *c*).

L’art. 6, comma 3, lett. *c*), C.e.d.u. stabilisce che, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, l’imputato sia assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia. La disciplina codicistica prevede che l’ammissione al gratuito patrocinio sia riconosciuta anche senza un vaglio sugli interessi della giustizia, che vanno presunti, e si estenda anche al difensore di fiducia (art. 98 e D.P.R. n. 115 del 2002).

### *Garanzie strumentali al diritto di difesa*

Quando ci si trova di fronte a un’imputazione maturata in segreto a seguito di un lungo periodo di indagini, nelle quali il pubblico ministero ha avuto la possibilità di fare ricorso alle più penetranti tecniche investigative, o comunque ogni qualvolta ci si trovi alla contestazione di un’ accusa, l’esercizio del diritto di difesa, pur astrattamente riconosciuto, potrebbe essere in concreto gravemente compromesso se non si riconoscesse all’imputato e al suo difensore la possibilità di mettere a punto un’adeguata “risposta” processuale. L’art. 111, comma 3, Cost. prevede perciò, sulla scorta dell’analogo disposto di cui all’art. 6, comma 3, lett. *b*), C.e.d.u., che la persona accusata (*rectius* l’indagato o l’imputato con l’ausilio del suo difensore) «disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa». Si tratta di una garanzia strumentale all’effettivo esercizio del diritto di difesa, che si traduce a livello codicistico ad es. nella conoscibilità degli atti su cui si fonda l’ accusa (ad es. con riferimento alle intercettazioni al materiale investigativo sulla cui base è stato adottato un provvedimento cautelare), nei termini dilatori riconosciuti alla difesa (ad es. tra richiesta di rinvio a giudizio e dibattimento) o, più in generale nella possibilità di effettuare investigazioni difensive.

## 4 – Il contraddittorio tra le parti

### *Il diritto alla confutazione degli argomenti avversari*

Nel comma 2 dell’art. 111 Cost. si afferma che il giusto processo si svolge davanti a un giudice terzo e imparziale nel contraddittorio tra le parti. La disposizione vale per ogni tipo di processo, ed infatti qui «contraddittorio» è impiegato secondo l’accezione più diffusa tra i processualcivlisti, vale a dire come diritto alla confutazione degli argomenti addotti dall’antagonista. Per ogni questione rilevante, si può dire, con la formula tradizionale: *audiatur et altera pars* (si ascolti anche l’altra parte).

In questo senso in ambito penalistico il diritto al contraddittorio forse era già integralmente ricavabile dall’enunciazione di cui all’art. 24, comma 2, Cost., che garantisce il diritto di difesa. Esso infatti ne costituisce una specificazione, in quanto non solo garantisce che ognuna delle parti processuali possa coltivare la propria strategia difensiva, ma impone che richieste e argomenti avanzati da una parte siano resi noti all’altra e che a questa sia consentito di controbattere adeguatamente.

In questa prospettiva, un tema piuttosto delicato emerso negli ultimi anni riguarda i casi nei quali la legge consente al giudice di prendere alcune decisioni, incidenti sullo sviluppo procedimentale o anche sul merito del processo, di propria iniziativa, o comunque indipendentemente da una richiesta in tal senso proveniente da una delle parti (si tratta dei giudizi che la dottrina processuale civile chiama «di terza via»). Ci si domanda in altre parole se il diritto al contraddittorio va garantito anche quando le questioni rilevanti per la decisione non sono avanzate in giudizio dalla controparte, ma sono rilevate *officio iudicis* in sede di decisione. In ambito processuale civile l’art. 101, comma 2, c.p.c., modificato in tal senso nel 2009, ha stabilito la nullità della sentenza fondata su una questione rilevata d’ufficio senza che il giudice abbia promosso sul punto il contraddittorio tra le parti.

### *La partecipazione al giudizio*

Il diritto al contraddittorio può svolgersi in molte forme, ad esempio attraverso il deposito nella cancelleria del giudice di memorie scritte.

L’art. 111, comma 2, Cost., tuttavia, chiarisce che il contraddittorio tra le parti si svolge «davanti» a giudice terzo e imparziale. Tra le sue modalità possibili sembra perciò che la carta costituzionale prediliga quella della partecipazione delle parti al giudizio, in modo che argomentazioni e confutazioni possano essere esposte direttamente al giudice. In tal modo veramente il processo, secondo la ricostruzione dei giuristi medievali, figura quale *actus trium personarum*.

Si tratta di un’interpretazione coerente con l’art. 6 C.e.d.u. che, con più chiarezza, stabilisce che «ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza [...] davanti a un tribunale indipendente e imparziale».

## 5 – Il diritto alla prova

### *Il diritto di «difendersi provando».*

Nei sistemi processuali europei continentali che prendono a modello il sistema misto incarnato dal *code d’instruction criminelle* del 1808, così come nei più antichi sistemi

inquisitori, la ricerca e l’acquisizione delle prove sono considerate poteri tipici della funzione giurisdizionale: poiché al giudice compete la ricerca della verità, al medesimo giudice va riconosciuta una sostanziale signoria sulla prova.

In teoria, perciò, in simili processi le parti potrebbero essere completamente sfornite di poteri istruttori, essendo sufficiente che ad esse sia garantita la possibilità di argomentare, ed eventualmente di controbattere, in ordine alla valutazione delle prove acquisite dal giudice.

In verità alle parti era attribuita la facoltà di chiedere al giudice l’acquisizione di determinati mezzi di prova, sia nella fase dell’istruzione, sia, con ancora maggiore larghezza nella fase dibattimentale. Il giudice tuttavia poteva decidere con grande libertà in ordine a tali richieste, ritenendo ad esempio che, dato il quadro probatorio ormai sufficiente al formarsi del proprio convincimento, la prova richiesta risultava superflua.

In un famoso articolo di Giuliano Vassalli dei primi anni Sessanta del secolo scorso si mise invece in evidenza che il diritto di difesa doveva necessariamente ricoprendere il diritto alla prova: nessuna strategia difensiva può risultare efficace se non viene garantita la possibilità di fornire al giudice adeguate prove a sostegno; l’interpretazione dell’art. 24, comma 2, Cost. andava estesa fino a includere il diritto di «difendersi provando».

Oggi l’art. 111, comma 3, Cost., ricalcando l’art. 6, comma 3, lett. *d*), C.e.d.u., recepisce e costituzionalizza in via autonoma il diritto alla prova, affermando che «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] abbia la facoltà, davanti al giudice [...] di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

Se ne ricava da un lato la facoltà dell’imputato di chiedere l’ammissione delle prove a sostegno delle proprie argomentazioni, dall’altro il dovere del giudice di ammettere le prove richieste dalle parti.

La traduzione codicistica del diritto alla prova è reperibile nell’art. 190, a norma del quale «le prove sono ammesse a richiesta di parte» ed il giudice è tenuto ad ammetterle, salvi casi eccezionali, ossia quando tali prove siano inutili per il giudizio (in quanto manifestamente superflue o irrilevanti) o vietate dalla legge.

Si noti che mentre la disposizione costituzionale individua nella persona accusata di un reato il titolare del diritto alla prova, il codice, dando attuazione anche al principio dell’*égalité des armes* (art. 111, comma 2, Cost.), riconosce il medesimo diritto a tutte le parti.

### *Il diritto alla controprova.*

Un’ulteriore estrinsecazione del diritto alla prova, specialmente in una lettura congiunta con il diritto al contraddittorio (inteso come confutazione degli argomenti *ex adverso* dedotti), è costituita dal diritto alla controprova: se una delle parti ottiene l’ammissione di una prova diretta a dimostrare un certo fatto, le altre parti hanno diritto all’ammissione di una prova diretta a dimostrare l’inesistenza, o un diverso modo di essere, di quel fatto.

L’affermazione di un simile diritto è molto importante, perché, se è vero che fin dal momento della formulazione dell’imputazione sono noti i fatti che appartengono al *thema decidendum* (i.c. “fatti principali”), finché tutte le parti non abbiano indicato l’oggetto

delle prove di cui chiedono l’acquisizione non è possibile sapere quali siano tutti i fatti indirettamente rilevanti (i c.d. “fatti secondari”). In un processo per omicidio, ad esempio, l’imputato potrà bene preparare in anticipo la propria strategia difensiva con riferimento al nesso causale tra la propria condotta e l’evento, ma potrebbe rimanere spiazzato se in giudizio il pubblico ministero chiedesse l’ammissione di una prova diretta a dimostrare l’esistenza di una pregressa relazione sentimentale con la vittima. Occorre consentire all’imputato di fornire una controprova.

In tal senso l’art. 595, comma 2, stabilisce che «l’imputato ha diritto all’ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al pubblico ministero in ordine alle prove a carico dell’imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico».

## 6 – Il contraddittorio nella formazione della prova

### *Il metodo dialettico*

Il riconoscimento del diritto alla prova lascia impregiudicata la questione relativa alle modalità della sua acquisizione, in particolare della prova orale, vale a dire delle dichiarazioni di testimoni, imputati, periti e consulenti. Chi pone le domande al dichiarante? Una lunghissima tradizione del nostro sistema processuale, che arriva fino al 1988, attribuiva al giudice il potere di porre le domande. Le parti potevano eventualmente chiedere al giudice di rivolgere alla persona esaminata determinate domande.

Queste disposizioni, apparentemente tecniche, veicolavano in realtà una precisa idea intorno al modo migliore per scoprire la verità: l’esame dei dichiaranti doveva essere condotto nel modo più obiettivo e imparziale possibile dal giudice, senza dar spazio alle parti, che, con una condotta intimidatoria o suggestiva, avrebbero potuto tentare di strappare dichiarazioni favorevoli alla propria tesi.

In realtà è inevitabile che nel corso del giudizio il giudice maturi a poco a poco una propria ricostruzione del fatto congruente con le prove fino a quel momento assunte. Egli perciò, se pure è equidistante tra le parti, emotivamente finisce per “affezionarsi” a una tra le ipotesi in campo. Questo potrebbe condizionarlo nel momento in cui conducesse personalmente l’esame delle fonti dichiarative: in primo luogo potrebbe essere tentato di fare solo le domande funzionali a confermare o a smentire la propria ipotesi, senza estendere l’esame ad altre circostanze alle quali fino a quel momento non ha prestato attenzione; in secondo luogo potrebbe essere portato a svalutare la credibilità del testimone che raccontasse fatti incompatibili con quelli che lui ritiene ormai accertati; gli psicologi hanno infatti avvertito che una «legge psicologica dell’inerzia» induce inevitabilmente a rimanere ancorati alle proprie opinioni.

Il legislatore del 1988, aderendo al modello accusatorio, ha ritenuto che occorresse perciò sottrarre al giudice il potere di condurre l’esame dei testimoni, affidandolo alle parti. Il conflitto tra ipotesi contrapposte che si consuma davanti ai suoi occhi dovrebbe rendere assai più difficile che alcune circostanze rilevanti nell’una o nell’altra prospettiva restino ignorate e consentire al giudice di rimanere psicologicamente neutrale.

Dopo la fase del rifiusso inquisitorio, con la legge cost. n. 2 del 1999 il legislatore costituzionale ha ribadito quella scelta, stabilendo espressamente nell’art. 111, comma 4,

Cost. che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

Occorre chiarire le differenze tra il contraddittorio tra le parti (in senso “debole”) di cui all’art. 111, comma 2, Cost. e il contraddittorio nella formazione della prova (in senso “forte”) di cui all’art. 111, comma 4, Cost. Il primo è garantito per ogni tipo di processo e concerne il diritto delle parti di argomentare davanti al giudice le proprie ragioni e di contestare quelle avanzate *ex adverso*. Esso sarebbe compatibile con un processo in cui una parte porta in giudizio il verbale di una prova dichiarativa assunta unilateralmente, consentendo all’altra di contestarne il valore. Il secondo invece esige che la prova sia formata *ab origine* in contraddittorio nella dialettica tra le parti, ciascuna delle quali abbia la possibilità di rivolgere al testimone le domande utili a sostenere la propria prospettiva.

La traduzione codicistica del contraddittorio in senso forte è costituita perciò dalla tecnica di assunzione della prova dichiarativa tipica dei sistemi accusatori, disciplinata dall’art. 498, mediante esame diretto e controesame (nel diritto anglosassone *direct* e *cross examination*).

Una parte della dottrina ritiene che, in quanto costituisce il miglior modo per scoprire la verità, il contraddittorio nella formazione della prova assurga a «statuto epistemologico» del processo penale, come una sorta di cristallizzazione nel diritto positivo di una teoria della conoscenza.

### *Il diritto al controesame*

Se la prova dichiarativa deve formarsi nel contraddittorio tra le parti, come dispone l’art. 111, comma 4, Cost., ognuna delle parti ha il diritto, quando viene il proprio turno, di formulare alla persona esaminata le domande che ritiene più utili. L’art. 111, comma 3, Cost. ha perciò ribadito che la persona accusata ha diritto «davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». Si tratta ancora una volta di un calco dall’art. 6, comma 3, lett. *d*), C.e.d.u., particolarmente infelice perché nel lessico dei processualisti si parla di «interrogatorio» solo con riferimento all’indagato; in dibattimento il testimone, così come l’imputato, è oggetto piuttosto di «esame».

La disposizione recepisce quello che nel diritto angloamericano viene definito *right to confrontation*, diritto a confrontarsi con il proprio accusatore (o, meglio ancora, diritto al controesame).

L’ipotesi della richiesta dell’imputato di «far interrogare» chi rende dichiarazioni a proprio carico si riferisce verosimilmente ai casi in cui in via eccezionale, ad esempio quando il dichiarante è un minore, l’esame viene condotto dal giudice.

Ci si domanda se l’autonoma previsione di un diritto al controesame nel comma 3 aggiunga qualcosa alla regola del contraddittorio nella formazione della prova di cui al comma 4. Senza dubbio il legislatore del 1999 aveva in mente soprattutto il problema della lettura e dell’utilizzazione dei verbali delle indagini preliminari, legittimata dalla giurisprudenza costituzionale degli anni 1992-1998; si trattava perciò di affermare a chiare lettere nella stessa Costituzione che il controesame costituisce un diritto soggettivo. Si dice perciò che il contraddittorio nella formazione della prova è declinato nel comma 4 in senso oggettivo, come metodo dialettico dell’accertamento, e nel comma 3, il senso soggettivo, come diritto dell’imputato.

Considerare il contraddittorio nella formazione della prova come metodo oggettivo di accertamento imposto al legislatore o come diritto soggettivo dell'imputato ha implicazioni differenziate, ad esempio in ordine alle possibili eccezioni: se è in gioco la ricerca della verità, le eccezioni dovrebbero essere escluse o ridotte al lumingino; se è in gioco un diritto dell'imputato, altre esigenze di rango costituzionale potrebbero entrare in bilanciamento.

Il legislatore costituzionale del 1999 evidentemente ha temuto che l'enunciazione a livello costituzionale del diritto al controesame non potesse impedire alla Corte costituzionale di aprire un ragionamento sulle esigenze che ne legittimassero una compressione. In modo del tutto inusuale ha perciò aggiunto nell'art. 111, comma 4, Cost. una disposizione di immediata applicabilità che impedisce letture riduttive: «La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

All'origine di questa disposizione vi è ancora una volta la battaglia sulle letture e, in particolare, sull'art. 513 che, nella versione più volte manipolata dalla Corte costituzionale, aveva finito per consentire l'uso dei verbali delle dichiarazioni rese al pubblico ministero dai c.d. "pentiti" nel corso delle indagini preliminari nei casi in cui in dibattimento si fossero avvalsi della facoltà di non rispondere.

Prevedendo la «libera scelta» della sottrazione al contraddittorio, la disposizione lascia aperta la possibilità che verbali investigativi contenenti dichiarazioni a carico dell'imputato possano essere usati qualora il controesame sia in concreto non esperibile per cause di forza maggiore o comunque per ragioni obiettive, indipendenti dalla volontà del dichiarante.

La disposizione costituzionale è stata riprodotta quasi integralmente nell'art. 526, comma 1-*bis*.

### *Le eccezioni*

L'art. 111, comma 5, prevede i casi tassativi nei quali il giudice può fondare la propria decisione su una prova che non si sia formata nel contraddittorio tra le parti.

In primo luogo è utilizzabile la prova non formatasi in contraddittorio per «consenso» dell'imputato. Il codice prevede molte ipotesi nelle quali il consenso dell'imputato vale a legittimare l'uso probatorio di atti formati unilateralmente dal pubblico ministero durante le indagini preliminari: può esservi accordo tra le parti per l'inserimento di atti di indagine nel fascicolo per il dibattimento (artt. 431, comma 2, e 493, comma 3, c.p.p.); può esservi la richiesta, il consenso o la mancata opposizione dell'imputato a essere giudicato secondo la disciplina prevista per i riti speciali (abbreviato, messa alla prova, patteggiamento e decreto penale di condanna) che si celebrano senza dibattimento sulla base degli atti delle indagini preliminari; può esservi l'accordo tra le parti per l'inserimento nel fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese dal testimone o dall'imputato nel corso delle indagini preliminari che siano state loro contestate in dibattimento (artt. 500 e 513).

Il contraddittorio nella formazione della prova, specie se inteso in senso soggettivo come diritto al controesame, costituisce senza dubbio una garanzia, ma l'idea che esso configuri addirittura un diritto disponibile (mediante il consenso) incontra qualche

resistenza. Se il contraddittorio è anche criterio di verità, può davvero essere oggetto di rinuncia? Sul punto va segnalato che una parte della dottrina ritiene che il consenso vada inteso non come rinuncia, ma come particolare modalità di attuazione del contraddittorio. In effetti anche la disciplina dell’esame incrociato, se attribuisce alle parti il diritto di effettuare il controesame, non esclude che, nell’ambito della propria strategia processuale, una parte possa rinunciare a porre domande e accontentarsi dell’esame condotto dalla parte avversa. Evitare di effettuare il controesame o prestare il proprio consenso all’uso di atti probatori formati unilateralmente potrebbe insomma essere strumentale ad avvalorare la propria prospettiva di parte, ad esempio se le dichiarazioni rese alla parte avversa già contengono elementi che si possono valorizzare in chiave difensiva o, talvolta, se si teme che l’esito del controesame rischi di rafforzare le tesi dell’accusa.

La seconda eccezione al contraddittorio nella formazione della prova legittimata dall’art. 111, comma 5, Cost., è costituita dall’«accertata impossibilità di natura oggettiva» di attuare praticamente il metodo dell’esame incrociato. Nella grande maggioranza dei casi tale impossibilità è dovuta alla fisiologica distanza temporale tra indagini e dibattimento. Nel tessuto codicistico le figure di quest’eccezione sono costituite dagli atti investigativi originariamente non ripetibili (o perché hanno ad oggetto cose o luoghi soggetti a modificazione o perché fondati sull’effetto sorpresa, come le intercettazioni) (cfr. l’art. 431, comma 1, c.p.p.) o da quelli affetti da impossibilità sopravvenuta di ripetizione (art. 512 c.p.p.), ad esempio nel caso in cui la persona informata dei fatti che aveva reso dichiarazioni al pubblico ministero deceda prima che possa essere chiamato a rendere testimonianza in dibattimento. Per i casi in cui tuttavia un rischio di dispersione della prova riconducibile al decorrere del tempo sia tempestivamente pronosticabile, il legislatore ha previsto la possibilità di un’anticipazione alla fase delle indagini preliminari del metodo di acquisizione della prova mediante esame incrociato con l’incidente probatorio (art. 392 ss. c.p.p.).

Anche la seconda eccezione prevista dall’art. 111, comma 5, Cost., pur perfettamente comprensibile da un punto di vista pratico, non è chiaramente giustificabile da un punto di vista teorico: se il contraddittorio nella formazione della prova è criterio di verità, l’impossibilità di attuarlo dovrebbe inibire, piuttosto che consentire l’uso della fonte. Per queste ragioni la Corte europea dei diritti dell’uomo ha sovente affermato che il giudice non può fondare una condanna su una prova formata al di fuori del contraddittorio, se questa è l’unica o è comunque determinante (Corte e.d.u., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia). Una pronuncia delle Sezioni unite ha perciò proposto un’interpretazione convenzionalmente conforme diretta ad affermare, in simili casi, la necessità di adeguati riscontri probatori (Cass., sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco).

La terza eccezione al contraddittorio nella formazione della prova trova la sua spiegazione nei rischi tipici legati alla celebrazione di processi in contesti territoriali e sociali che vedano una particolare forza e pervasività del crimine organizzato. L’intervallo di tempo tra la dichiarazione al pubblico ministero resa dalla persona informata dei fatti nel corso delle indagini e il momento in cui questa verrà chiamata a rendere testimonianza in dibattimento può essere molto lungo. L’inutilizzabilità della prima dichiarazione potrebbe indurre l’imputato o i suoi sodali a impiegare questo tempo per corrompere, minacciare o eventualmente sopprimere il dichiarante prima che costui venga ascoltato con le garanzie del contraddittorio. Per scongiurare il rischio di simili

condotte, l'art. 111, comma 5, Cost. ne frustra ogni utilità processuale, stabilendo che si può fare eccezione alla regola del contraddittorio nella formazione della prova «per provata condotta illecita». Si sottintende che tale condotta sia riconducibile anche indirettamente al destinatario della dichiarazione e sia diretta contro il dichiarante. Un'attuazione codicistica si ha nell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p. che tipizza le ipotesi di «violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità» affinché il testimone non deponga o deponga il falso.

## Capitolo IV

# LA MAGISTRATURA

### 1- Soggezione del giudice soltanto alla legge

A norma dell'art. 101, comma 2, Cost. «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Sotto un primo profilo la disposizione mette in evidenza l'obbligo del giudice di rispettare la legge, e quindi, contro ogni eccesso di discrezionalità o arbitrio, il principio di legalità applicato all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Sotto altro profilo la disposizione costituisce un primo baluardo a protezione dell'indipendenza del giudice, in quanto costui è soggetto «soltanto» alla legge e a nessun'altra autorità.

Si distingue tra indipendenza esterna, della magistratura nel suo complesso rispetto ad altri poteri dello Stato, e indipendenza interna, del singolo magistrato rispetto ad altri magistrati o uffici della magistratura; non esiste infatti all'interno della magistratura una struttura gerarchica analoga a quella degli altri rami dell'amministrazione pubblica.

Si discute se la soggezione del giudice soltanto alla legge, nella misura in cui garantisce l'indipendenza interna, escluda la possibilità, caratteristica dei paesi di *common law*, di un'efficacia parzialmente vincolante del precedente giudiziale. Senza dubbio si tratta di un vincolo non a una libera volontà di un organo gerarchicamente sovraordinato, bensì a una certa interpretazione della legge, che lascia libero il giudice di verificare in che modo questa debba applicarsi nel caso concreto.

Una disciplina simile si ritrova nell'art. 627, comma 3, c.p.p. a norma del quale il giudice del rinvio è tenuto a uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione con riferimento alle questioni di diritto da essa decise.

In qualche caso la Corte costituzionale ha ritenuto che la formula di cui all'art. 101, comma 2, Cost. valga anche a escludere, nei casi in cui determinati meccanismi processuali consentano alle parti di accordarsi per ottenere un certo esito (ad es, l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento di un atto delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 431, comma 2, c.p.p., oppure l'applicazione di una pena concordata, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), che il giudice sia vincolato dall'accordo, ma possa e debba effettuare comunque un vaglio sulla conformità di questo accordo alla legge (cfr. ad es. Corte cost. n. 313 del 1990 che ha dichiarato illegittima la disciplina del patteggiamento nella parte in cui non consentiva al giudice di respingere la richiesta se la pena concordata dalle parti non risultava «congrua» alla luce delle finalità rieducative indicate dall'art. 27, comma 3, Cost.).

## 2 – Divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali

### *Unità della giurisdizione*

A norma dell’art. 102, comma 1, Cost., «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario».

Si ritiene che la funzione giurisdizionale debba riconoscersi nell’attività esercitata da soggetti in posizione di indipendenza e imparzialità diretta ad attuare la volontà di legge in relazione ai casi concreti che vengono loro sottoposti, per mezzo di decisioni destinate ad assumere l’autorità di cosa giudicata.

In relazione a tale funzione, la disposizione costituzionale afferma che i soggetti incaricati di esercitarla siano di regola magistrati ordinari, la cui disciplina (dal reclutamento, alla struttura organizzativa degli uffici, alla tutela dell’imparzialità) sia contenuta nelle norme che si occupano in via generale dell’ordinamento giudiziario.

In tal modo il legislatore, rifiutando l’idea di una suddivisione della funzione giurisdizionale tra una molteplicità di giudici speciali, ciascuno con una propria disciplina, ha optato per il principio di unità della giurisdizione.

La più importante legge sull’ordinamento giudiziario è ancora costituita dal Regio Decreto. n. 12 del 1941.

Possono però essere ricordati, in forza di una legge delega del 2005, anche il d. lgs. n. 109 del 2006 sugli illeciti disciplinari dei magistrati, il d. lgs. n. 106 del 2006, sulla riorganizzazione dell’ufficio del pubblico ministero e il d. lgs. n. 160 del 2006 sull’accesso alla magistratura.

L’art. 1 c.p.p. riafferma che «la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario».

### *Giudice speciale*

L’art. 102 Cost, dopo aver affermato il principio di unità della giurisdizione, formula un espresso divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali.

Con particolare riferimento ai giudici speciali, la disposizione intendeva scongiurare la riproposizione di una piaga che aveva afflitto la storia dell’Italia unita, vale a dire, la scelta delle forze politiche, in situazioni di conflitto politico e sociale particolarmente aspro, di ricorrere all’istituzione di tribunali speciali, disciplinati da norme *ad hoc* al di fuori di quanto previsto dalle leggi di ordinamento giudiziario.

In particolare per contrastare il fenomeno del brigantaggio, nell’agosto 1862, all’indomani dell’unità viene proclamato lo stato d’assedio nelle province meridionali. Una commissione d’inchiesta parlamentare sottolineò l’inefficienza della magistratura ordinaria, per le troppe concessioni della libertà provvisoria, la lentezza dei procedimenti, la scarsa energia nel costringere i testimoni a deporre. Perciò, con la legge Pica del 1863, in tutte le province meridionali (fatta eccezione per Napoli, Teramo, Bari, Reggio Calabria e Terra d’Otranto) per il reato di brigantaggio, punito con la morte, la giurisdizione ordinaria venne sospesa ed affidata alla magistratura militare e a commissioni straordinarie. Lo stato di eccezione si protrasse fino alla fine del 1865. Ci furono complessivamente, nel corso di quegli anni, 10.666 persone processate, 2.118 condannati, 6.739 assolti.

Dopo il delitto Matteotti del 1924 e il colpo di Stato del 1925 il regime fascista decise di avvalersi di uno strumento analogo per liquidare gli oppositori. Prendendo spunto da una serie di attentati a Mussolini, avvenuti tra il 1925 e il 1926, la legge n. 2008 del 25 novembre 1926: istituì il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, competente per tutti i delitti contro la personalità dello Stato, per molti dei quali era reintrodotta la pena di morte. Nella relazione del Ministro Alfredo Rocco, richiamandosi allo stato di eccezione già sperimentato con la legge Pica, si sottolineava la necessità di punire in modo rapido e con una severità esemplare i nemici dello Stato. Giudici e pubblici ministeri erano nominati per decreto da Mussolini che poteva sceglierli tra ufficiali delle forze armate o della milizia fascista laureati in giurisprudenza. La procedura era quella prevista dal codice di procedura penale militare in tempo di guerra: il mandato di cattura era obbligatorio, l'istruzione era segreta e le sentenze erano inappellabili. Per un certo periodo, grazie ad una lettera circolare del segretario del PNF Starace, fu vietato agli avvocati tesserati del partito di assumere incarichi difensivi a favore di imputati non fascisti davanti al Tribunale speciale. Si è calcolato che gli imputati di reati "politici" giudicati dal Tribunale speciale furono 5619, di cui 4596 condannati e 988 assolti. Le condanne a morte furono solo 65.

### *Giudici speciali riconosciuti dalla Costituzione*

I costituenti hanno ritenuto che, in via eccezionale, la conservazione di alcune giurisdizioni speciali fosse necessaria. Dato l'espresso divieto contenuto nell'art. 102, comma 2, Cost., hanno dovuto legittimarne le funzioni indicandole nel medesimo testo della Costituzione, ad es. il Consiglio di Stato e Corte dei conti.

Nell'ambito della giustizia penale figurano quali giudici speciali la Corte costituzionale, quanto a determinati reati commessi dal capo dello Stato (art. 90 Cost. e l. cost. n. 1 del 1953), e i tribunali militari, per determinati reati commessi dagli appartenenti alle forze armate (art. 103 Cost.).

L'art. 20 c.p.p., rubricato «difetto di giurisdizione» regola i casi in cui siano instaurati per errore davanti al giudice penale ordinario processi relativi a fatti che spettano alla giurisdizione dei giudici penali speciali.

### *Sezioni specializzate*

A norma dell'art. 102, comma 2, Cost., non deroga al principio di unità della giurisdizione l'istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini estranei alla magistratura.

In tal modo i costituenti intesero dare al legislatore la possibilità di attribuire la cognizione di materie che richiedono una elevata competenza tecnica a uffici giudiziari la cui composizione sia integrata da personale estraneo alla magistratura, selezionato in base alla sua professionalità.

In ambito penale si ritiene che costituisca una sezione specializzata il tribunale dei minorenni, «composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età» (art. 2 R.d. n. 1404 del 1934, modificato con legge n. 1441 del 1956).

### *Giudice straordinario*

Comunemente si considera straordinario ogni giudice istituito temporaneamente per un determinato caso o per un determinato tipo di casi; in breve, sarebbe straordinario il giudice *ad hoc*.

A livello internazionale si possono ricordare gli esempi costituiti dal Tribunale militare internazionale di Norimberga istituito dalle forze alleate vincitrici nel 1945 per giudicare dei crimini nazisti, il Tribunale penale internazionale per l'*ex Jugoslavia* e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, istituito in sede ONU nel 1993 e nel 1994, per giudicare dei crimini contro l'umanità perpetrati in quei paesi.

Da un punto di vista giuridico, il divieto di istituzione di giudici straordinari cade completamente all'interno dell'ambito di applicazione del principio del giudice naturale, che, imponendo la precostituzione legislativa dei criteri attributivi della competenza, impedisce *a fortiori* anche la creazione di giudici *post factum*. Ogni giudice straordinario, perciò, viola anche l'art. 25, comma 1, Cost.

Non ogni giudice non naturale, però, dev'essere considerato straordinario, ad es., quando una legge, modificando in via generale i criteri della competenza, distolga l'imputato dal suo giudice dopo l'instaurazione del processo, affidando la cognizione del fatto a un diverso giudice ordinario.

## **3 – La partecipazione del popolo alla giustizia**

Uno dei tratti distintivi degli ordinamenti processuali anglosassoni cui i giuristi di ispirazione liberale hanno sempre guardato con interesse è senza dubbio la giuria. La giuria infatti, essendo costituita da privati cittadini e non da funzionari dello Stato, garantisce simultaneamente l'indipendenza del giudice, la separazione dei poteri esecutivo e giudiziario e la distinzione delle funzioni processuali, attribuendo le istanze pubblicistiche di tutela della collettività soltanto al *public prosecutor* e non al giudice.

Nel primo codice di procedura penale italiano del 1865 la Corte d'Assise, competente a conoscere dei reati più gravi, fu riformata introducendo, come nel diritto anglosassone, un collegio di dodici giurati competente a pronunciarsi con un verdetto immotivato e inappellabile sulle questioni di fatto formulate dal giudice togato.

L'insoddisfazione per il rendimento della giuria, accusata sovente di pronunciare verdetti emotivi, e senza dubbio l'esigenza di un maggiore controllo governativo sul giudice competente per i reati più gravi, indussero il legislatore nel 1931 ad abolire la giuria, sostituendola col sistema attuale del c.d. "scabinato", che vede in Corte d'assise una partecipazione mista tra componente togata e componente popolare, senza distinzioni di competenza.

In assemblea costituente si fronteggiarono i sostenitori del ritorno alla giuria e della conservazione del sistema vigente. Una delle questioni cruciali era quella relativa alla compatibilità della giuria con l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 111 Cost. Si scelse perciò di ammettere in astratto la possibilità di una ricostituzione della giuria senza dare indicazioni vincolanti, rimettendo al legislatore ordinario la scelta. L'art. 102, comma 3, Cost. stabilisce così che «la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia».

Il legislatore ordinario ha poi sostanzialmente confermato il sistema previgente. A norma dell'art. 3 della legge n. 287 del 1951, la Corte d'assise è composta da due magistrati togati e da sei giudici popolari. Questi ultimi sono estratti a sorte nell'ambito di liste formate in ambito comunale tra i cittadini italiani di età compresa tra i trenta e i sessantacinque anni, i quali godano dei diritti politici, abbiano una «buona condotta morale» ed abbiano un diploma di scuola media.

## 4 – Indipendenza della magistratura

Come si è già sottolineato a proposito del principio del giudice naturale, l'esigenza di una separazione tra giustizia e politica risale al Settecento e ha condotto alla codificazione in tutti gli ordinamenti europei del principio della separazione dei poteri.

Nonostante i proclami, la battaglia per un'autentica indipendenza della magistratura, che risultasse insensibile alle pressioni dell'Esecutivo, è stata e senza dubbio continua ad essere molto difficile. Spesso infatti le pressioni del potere politico sulla magistratura si esercitano in forma indiretta, ma comunque assai persuasiva. In particolare, qualora sia affidata al Ministro della giustizia la cura di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni, incarichi, provvedimenti disciplinari, pensionamenti dei magistrati, la possibilità di ritorsioni sulla carriera determina una più o meno spontanea adesione della magistratura alle aspettative dell'Esecutivo.

L'art. 104, comma 1, Cost., stabilisce anzitutto che «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere». Ciò implica l'assenza di qualsivoglia rapporto di subordinazione rispetto ad altri poteri dello Stato, come accadrebbe se i magistrati, al pari degli altri pubblici funzionari appartenenti all'amministrazione, dovessero uniformarsi alle direttive dell'Esecutivo.

Per impedire che forme di pressione possano esercitarsi indirettamente attraverso il controllo delle carriere dei magistrati, la Costituzione istituisce e regola il Consiglio Superiore della Magistratura, organo di «autogoverno», i cui componenti sono eletti per due terzi dai magistrati e per un terzo dal Parlamento in seduta comune. A norma dell'art. 105 Cost., infatti spetta al C.S.M., secondo le norme sull'ordinamento giudiziario, la gestione della carriera dei magistrati. In particolare, a norma dell'art. 107 Cost. «i magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

Molto spesso nel dibattito politico ci si lamenta della eccessiva «politicizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura. In sostanza si teme che la sua composizione, per effetto della logica di schieramento che presiede alla elezione dei suoi membri (tanto da parte dei magistrati, divisi in correnti, quanto da parte del Parlamento), esprima una maggioranza, a volte coerente a volte alternativa a quella governativa, che potrebbe essere tentata di usare in chiave politica i poteri attribuiti all'organo. Il rischio, insomma, è che, garantita l'indipendenza formale dall'esecutivo, continui a persistere un'influenza sotterranea ad opera dei partiti, in grado di incidere sulle progressioni in carriera e quindi, indirettamente, di esercitare pressioni di natura politica.

## 5 – Indipendenza del pubblico ministero

Gli artt. 101 – 110 Cost. enunciano una serie di garanzie poste a tutela dei giudici e della magistratura. Esse tuttavia non valgono anche per il pubblico ministero, che, a norma dell’art. 107, comma 4, Cost. « gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull’ordinamento giudiziario ». Si tratta di un rinvio alla legge ordinaria, che dunque potrebbe differenziare le garanzie stabilite per la magistratura requirente e quella giudicante.

Una garanzia con uno speciale rilievo politico è costituita dall’indipendenza del pubblico ministero. Tradizionalmente l’ufficio del pubblico ministero era sottoposto a un vincolo gerarchico con il ministero della giustizia e quindi finiva per essere, o essere visto come, la *longa manus* dell’esecutivo. Il rischio era quello di un controllo indiretto sulla stessa amministrazione della giustizia, ad esempio “filtrando” gli affari che era opportuno far arrivare sul tavolo del magistrato.

Un’importante garanzia di indipendenza del pubblico ministero è codificata nell’art. 112 Cost., a norma del quale il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale; sottrarre l’esercizio dell’azione penale a scelte discrezionali significa infatti proteggere indirettamente il pubblico ministero dal rischio di pressioni politiche; di eventuali omissioni egli ne risponderebbe personalmente.

Ad ogni modo l’art. 108, comma 2, Cost. afferma a chiare lettere che la legge « assicura l’indipendenza ... del pubblico ministero ». Vi è perciò per il legislatore ordinario un vincolo sul fine – l’indipendenza – salva la libertà di individuare le modalità più opportune per tutelarla.

Si ritiene che i profili rilevanti ai fini di una verifica sull’effettiva indipendenza sono tre: *a) la direzione politica*, vale a dire il rapporto tra pubblico ministero e ministro della giustizia; *b) la gerarchia amministrativa* tra diversi uffici del pubblico ministero di grado diverso; *c) l’autonomia interna* del singolo magistrato del pubblico ministero nei confronti del capo dell’ufficio.

Sotto quest’ultimo profilo, il d. lgs. n. 106 del 2006, approvato a seguito delle polemiche sulla irresponsabilità dei singoli sostituti, accusati talvolta di un uso politico delle inchieste giudiziarie, ha significativamente accresciuto i poteri e le responsabilità del procuratore della Repubblica.

È bene mettere in evidenza, data la mutevolezza del contesto storico, che fautori e detrattori dell’indipendenza del pubblico ministero non sempre muovono da premesse politiche differenti, mentre non sempre chi sostiene una medesima posizione parte da premesse omogenee. Ad esempio un’attenuazione dell’indipendenza oggi è perseguita da quella parte della classe politica che vorrebbe sottoporre il pubblico ministero a un controllo politico, nella prospettiva di una ponderazione preventiva delle esigenze di repressione penale, e quindi come correttivo dell’indiscriminata legalità dell’agire. In passato un’attenuazione dell’indipendenza è stata caldeggiata invece in un’opposta prospettiva, ossia in considerazione dal fatto che l’indipendenza formale può occultare il sostanziale asservimento della magistratura inquirente agli interessi dei poteri “forti”; un controllo politico avrebbe la funzione perciò di garantire meglio la legalità dell’azione.

## 6 – Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria

Le forze di polizia appartengono alle strutture amministrative del ministero degli interni, della difesa o delle finanze. L'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo non potrebbe essere pienamente realizzata (o meglio risulterebbe spesso a rischio sul piano dell'effettività) se, nell'effettuare le indagini, dovesse avvalersi di uomini che rispondono non alle sue direttive, ma a quelle dei suoi superiori gerarchici.

Per queste ragioni l'art. 109 Cost. impone la costituzione di forze di polizia giudiziaria, incaricate delle funzioni di indagine successiva a una *notitia criminis* in vista dell'instaurazione di un processo penale (distinte dalle forze destinate alla polizia di sicurezza, che invece ha compiti di vigilanza e preventivi), e stabilisce che il pubblico ministero possa disporre di tali forze «direttamente».

Il legislatore ha dato attuazione a tale norma non istituendo un corpo specializzato, ma assegnando alla funzione di polizia giudiziaria uomini e uffici che continuano a essere incardinati da un punto di vista burocratico nelle strutture amministrative di provenienza, ma sono tenuti a rispondere alle direttive del pubblico ministero. Si tratta perciò di una dipendenza funzionale, non gerarchica.

## Bibliografia

- CONTI, C., *Giusto processo. b) Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir. Agg.*, V, Milano, 2001, p. 627.
- DINACCI, F.R., *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010.
- GIOSTRA, G., *Contraddittorio (principio del). II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, agg. 2001.
- ZANON, N. – BIONDI, F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2008

## Galleria



Una rappresentazione parodistica della giuria in un dipinto inglese di fine Ottocento.



Un resoconto giornalistico di una condanna del Tribunale speciale per la difesa dello Stato del 1941.



La firma della Costituzione ad opera del Presidente provvisorio Enrico De Nicola, alla presenza del Presidente del Consiglio Alcide De Gasperi e del Presidente dell'Assemblea Costituente Umberto Terracini.



Una scena tratta da uno dei molti film e serie tv con protagonista Perry Mason, l'avvocato di Los Angeles creato dalla penna dello scrittore E.S. Gardner. Le *performances* professionali di Perry Mason, specializzato nel dimostrare l'innocenza dei propri assistiti smascherando il vero colpevole, hanno contribuito a familiarizzare il grande pubblico con le dinamiche accusatorie del processo statunitense.