

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

ENNIO AMODIO

VERSO UNA STORIA DELLA GIUSTIZIA PENALE
IN ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. Il programma della storiografia sul processo penale: la ricerca di una architettura invisibile. Le radici storiche del diritto delle prove penali. – 2. Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il «garantismo inquisitorio» in Italia tra il 1955 e il 1988. – 3. Un tema di storia contemporanea: il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico.

1. *Il programma della storiografia sul processo penale:
la ricerca di una architettura invisibile.
Le radici storiche del diritto delle prove penali*

Negli ultimi vent'anni la storiografia giuridica italiana ha scoperto un continente rimasto troppo a lungo sommerso e inesplorato: quello della giustizia penale amministrata nell'Ottocento postunitario e nel Novecento dell'età liberale, fascista e repubblicana. Un fiorire di studi su temi centrali dell'esperienza processuale penale ha colmato a poco a poco una lacuna da tempo avvertita come un vero vuoto culturale dagli interpreti del sistema vigente¹. Certo, non si può dire che si sia oggi pervenuti ad una compiuta ricostruzione delle vicende storiche che hanno condotto il rito penale ad assumere l'attuale fisionomia plasmata dal codice del 1989 e dalla riforma costituzionale del 1999 sul giusto processo. Si è però scavato molto e le analisi svolte sulle tre codificazioni antecedenti l'ordinamento vigente (1865, 1913 e 1930), le rivisitazioni del dibattito tra le avanguardie del pensiero giuridico, le incursioni nella prassi,

¹ V., ad esempio, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 17 ss.; E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Rivista diritto processuale*, 1970, p. 440 ss. Nonché ID., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.* 1974, pp. 408-409.

Segnala questi contributi come testimonianze di un "dialogo ricercato" con gli storici del diritto, M. PIFFERI, *Le ragioni di un dialogo*, Relazione presentata al Convegno su "Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana", Ferrara 12-13 novembre 2010, p. 4 del dattiloscritto.

documentata anche da una ricca pubblicistica divulgativa sulle cause celebri, hanno consentito di approdare a cospicui risultati². Sono affiorati i nodi problematici e le idee-forza di un sistema processuale che, al traguardo di una lunga marcia durata più di centoventi anni, si è spogliato della eredità inquisitoria di stampo francese per approdare ad un modello accusatorio sensibile alle suggestioni della tradizione angloamericana.

Dopo questi passi da gigante, diventa ora più facile il dialogo tra storici e processualpenalisti. Lo scambio tra le due culture può essere proficuo perché se, da un lato, noi giuristi cominciamo a vedere meglio le radici di tanti gangli vitali della nostra procedura, dall'altro, gli storici possono prendere a prestito da noi le lenti con le quali siamo abituati ad osservare la giustizia penale, per accertare se nel passato vi sono le radici del malessere che avvertiamo nel presente.

Cosa chiediamo ad una storiografia ormai aperta alle ricerche sul processo penale in età moderna e contemporanea? Anzitutto di far affiorare nel modo più leggibile la matrici culturali e ideologiche dell'esperienza processuale con la quale oggi ci confrontiamo. Abituati come siamo a lavorar di bulino sul codice, ad infilarci nei meandri della giurisprudenza e a cercare di scoprire le divaricazioni tra norme e pratica giudiziaria rischiamo ad ogni passo di dimenticare che coloro che ci stanno di fronte – il pubblico ministero che interroga l'inquisito per farlo confessare; il giudice dibattimentale che interferisce nella prova elaborata del difensore: il giudice d'appello che liquida con burocratica superficialità il gravame dell'imputato – non sono gli interpreti di un copione tutto scritto nelle norme processuali, ma recitano un ruolo che viene da una cultura secolare in cui le garanzie sono un orpello o un intralcio al cammino verso la solenne riaffermazione della pretesa punitiva.

Da qui il programma della ricerca storica: far emergere l'architettura invisibile della giustizia penale per accertare quanta parte del vissuto giudiziario del passato sia ancora capace di condizionare l'effettiva operatività degli istituti processuali. Come la sociologia insegna a guardare al di là delle norme per rilevare empiricamente ciò che accade sulla scena giudiziaria, così la storia ren-

² Si vedano i lavori a più voci, talora inevitabilmente disorganici perché volta a volta incentrati su singoli istituti di differenti periodi storici: *Riti, tecniche e interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M. N. MILETTI, Milano, 2006; *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. MARCHETTI, Napoli, 2007; *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ e C. STORTI, Bologna, 2008; *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2010.

de percepibile la qualità dell'*humus* sul quale continuano ad operare gli attuali interpreti della vicenda processuale. Aprendo gli occhi, ovviamente, non solo sul terreno sdruciolevole e accidentato che non favorisce la corretta attuazione delle garanzie difensive, ma anche su quel pavimento di legno levigato e stagionato che rende oggi possibile, in molti casi, raggiungere il traguardo di un virtuoso equilibrio tra efficienza e garanzie.

Per non rimanere sul piano della astrazione metodologica, cerco di esemplificare il modo di condurre la ricerca storica integrata dalla consapevolezza dei temi emergenti dalla esperienza processuale del tempo presente.

Prendiamo uno dei settori del vigente codice di procedura penale in cui si registra il maggiore distacco dalla matrice inquisitoria del processo penale del continente europeo.

Come è noto il nuovo sistema ha segnato la nascita di un vero e proprio diritto delle prove penali, inteso come luogo di disciplina dei principi generali e della fisionomia dei mezzi di prova e di ricerca della prova (libro III del codice). Una serrata rete logico-normativa incanala l'acquisizione del materiale probatorio sottraendolo al dominio del giudice: le prove sono ammesse a richiesta delle parti, che hanno diritto alla ammissione dei mezzi funzionali all'accertamento dei rispettivi assunti (art. 190); sono inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (artt. 190 e 191 c.p.p.).

Questa scelta in favore della legalità del conoscere giudiziale, allineata alle esigenze del rito accusatorio, ripudia un passato inquisitorio in cui il principio di "ricerca della verità materiale" è stato in tutto il continente europeo il pilastro di un sistema probatorio che ha consentito di scavalcare qualsiasi ordine o limite nell'*iter* di accertamento del reato. Non va dimenticato che nella stessa relazione al Progetto preliminare del 1988 si sottolinea come la norma con cui è definito l'oggetto della prova (art. 187) segni «l'abbandono di una formula giustamente definita frutto di una iperbole come quella contenuta nell'art. 299 c.p.p. 1930 secondo cui il giudice istruttore doveva compiere tutti e soltanto quegli atti che appaiono necessari all'accertamento della verità»³.

Si sa che sull'onda delle resistenze manifestate dalla magistratura nei confronti di un *modus procedendi* ben diverso da quello che tradizionalmente garantiva al giudice una ampia libertà nell'uso dei dati probatori, in particolare di quelli formati prima del dibattimento, la Corte Costituzionale ha elaborato il principio di non dispersione della prova, una riedizione in forma ma-

³ V. *Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, pp. 124-125.

scherata dell'archetipo inquisitorio racchiuso nella ricerca della verità materiale⁴. Superato poi questo assetto mediante la nuova norma costituzionale dell'art. 111 c. 4 che impone la formazione della prova nel contraddittorio, cui ha fatto seguito in sede ordinaria la legge 1 marzo 2001 n. 63 sul giusto processo, la cultura del primato giudiziale nella ricostruzioni del fatto invece di dissolversi continua a conservare tutta la sua vitalità.

Basta pensare al ruolo dominante che il presidente del collegio esibisce tuttora nel dibattimento non solo nei confronti del difensore, dell'imputato e dei testi, ma anche nei riguardi del pubblico ministero, proprio come se fosse il giudice a detenere un monopolio incontrastabile nell'accertamento della verità. Le iniziative delle parti nel condurre l'esame si scontrano con il sovrano assoluto della prova che censura le domande del difensore, rettifica le risposte dei testi, si autorizza a porre ogni genere di quesiti anche in forma decisamente suggestiva, quasi fosse alla ricerca della conferma, come un vero accusatore, di fatti già ben sedimentati nella sua mente⁵.

Come non pensare allora che questa deriva verso un iperattivismo vietato dalle norme sia figlia della vocazione alla ricerca della verità materiale imperante nel processo dell'Italia liberale, così come in quello dell'ordinamento fascista? La magistratura in quei sistemi ha concepito la sua funzione istituzionale come baluardo della società nei confronti della delinquenza. Al di là delle riforme che hanno progressivamente sgretolato l'edificio inquisitorio, recependo il dualismo tra fase istruttoria *contra reum* e fase dibattimentale *pro reo* ovvero aprendo spazi partecipativi alla difesa dell'imputato, è sempre rimasta intatta la figura del giudice come *dominus* della prova che non è l'arbitro di una contesa tra le parti, come il giudice inglese⁶, ma siede in udienza per tutelare l'interesse dello Stato alla repressione dei fatti costitutivi di reato.

Non a caso nella disciplina della fase istruttoria dal 1865 al 1930 il giudice istruttore, il magistrato-investigatore creato dal *code d'instruction criminelle*

⁴ Mi riferisco alle ben note sentenze n. 254 e 255/1992 della Corte Costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità dei limiti normativi imposti con riguardo all'uso probatorio pieno delle dichiarazioni extradibattimentali.

⁵ Ho descritto questa degenerazione dell'imparzialità del giudice in *L'arte del controesame e le anomalie dell'Italian style*, in *Sociologia del diritto*, 2008, p. 155.

⁶ Merita di esser richiamata una illuminante sentenza inglese nella quale si afferma che «nella disciplina del dibattimento frutto della evoluzione storica realizzatasi in questo Paese, il giudice sta in udienza per ascoltare le questioni sollevate dalle parti e pronunciarsi sulle stesse, non già per condurre una indagine o compiere una inchiesta in rappresentanza degli interessi della collettività»: Jones v. N.C.B. (1957) 2 W.L.R. 760.

come organo supremo dell'accertamento della verità⁷, era espressamente inquadrato tra gli ufficiali della polizia giudiziaria ed era sottoposto al controllo del pubblico ministero dipendente dell'esecutivo⁸. Per quanto riguarda il dibattimento è invece il potere discrezionale del presidente della corte d'assise ad offrire la chiave di volta per comprendere il ruolo della magistratura nel diritto delle prove penali. Si trattava di un potere senza limiti, con facoltà di acquisire prove persino in deroga alle forme stabilite dalla legge e dettato certo per "governare" gli orientamenti valutativi dei giurati, ma pur sempre espressivo di una supremazia sulla prova che discendeva dalle funzioni istituzionali riconosciute al giudice⁹.

Sono dunque percepibili le linee di una indagine volta a mettere a nudo le radici della persistente insofferenza dei giudici del vigente sistema processuale verso i confini dettati dal rito accusatorio a favore delle parti nella elaborazione della prova. Occorre individuare le diverse aree di irradiazione del principio di ricerca della «verità materiale ed effettiva» come «criterio vivificatore del processo penale»¹⁰ e tracciarne i punti di saldatura con la regola del libero convincimento inteso, nella sua matrice ottocentesca e nei suoi sviluppi in tutto il Novecento, nella sua versione irrazionale ed emotiva, come metodo di valutazione sottratto a qualsiasi regolamentazione normativa.

È una ricerca affascinante che promette cospicui risultati. Ne dovrebbe tra l'altro scaturire una sorprendente conferma della eterogeneità degli esiti conseguiti ad un medesimo istituto in diversi contesti spaziali e temporali. La giu-

⁷ Oltre al già richiamato art. 299 c.p.p. 1930, v. art. 84 c. 2 c.p.p. 1865 che prescriveva al giudice istruttore «di fare tutte quelle indagini che possono condurre alla manifestazione della verità» Analogamente art. 190 c. 1 c.p.p. 1913.

⁸ A norma dell'art. 57 c.p.p. 1865, il giudice istruttore esercitava le funzioni di polizia giudiziaria «sotto la direzione e dipendenza del procuratore generale presso la Corte d'appello e del procuratore del Re presso il tribunale correzionale».

⁹ Il potere discrezionale del presidente della corte d'assise, disciplinato dagli artt. 478 codice 1865, altro non era se non la puntuale replica dell'istituto nato nel codice napoleonico del 1808 (art. 268 ss.). Sul punto rinvio al mio *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione, in I giudici senza toga. Esperienza e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano, 1979, pp. 12-13 Per una recente accurata analisi, sganciata peraltro dalla tematica del sistema probatorio, v. L. LACCHÈ, *Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica*, cit., p. 101 ss.

¹⁰ V. E. FLORIAN, *Prove penali*, vol. I, Milano, 1924, p. 6, dove si trova la più completa e originale trattazione del sistema probatorio con una ricca rassegna bibliografica di opere dell'Ottocento italiano ed europeo, non senza una acuta messa a punto della eredità desumibile dalla letteratura dei pratici del diritto comune.

ria in Inghilterra ha dato origine alla *law of evidente*, un reticolo di norme sulla ammissione e valutazione della prova finalizzato a prevenire gli errori del giudice laico¹¹. Trapiantato nel continente europeo, il *jury* ha invece generato l'*intime conviction*, una teoria romantica della prova in forza della quale è cancellato ogni limite normativo in sede di valutazione del fatto perché, come dimostra il verdetto monosillabico dei giurati, il convincimento è frutto di una intuizione inesprimibile sul piano logico¹².

Un'altra ricerca volta a fare affiorare l'architettura invisibile della giustizia penale potrebbe essere quella in tema di custodia cautelare dell'imputato nella fase anteriore al dibattimento. Qui la storiografia ha già svolto importanti indagini sul carcere preventivo a cavallo tra Otto e Novecento e non ha trascurato il tema dei rapporti tra diritto al silenzio e misure coercitive¹³, aprendo così la strada a studi di più ampio respiro che rendano percepibili le risalenti origini di una delle malattie più recidivanti del nostro processo penale.

Oggi, nonostante l'impegno del legislatore del 1988 ad imbrigliare il potere cautelare dai giudici con rigorose disposizioni sulle modalità di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, le misure coercitive continuano ad essere largamente applicate al fine di acquisire dall'indagato dichiarazioni ammissive o autoincriminanti. Una norma di cristallina chiarezza vieta di usare il carcere per scardinare il diritto al silenzio (art. 274 c. 1 lett. a, c.p.p.), ma la prassi mostra come il divieto venga spesso aggirato *ad eruen-dam veritatem*. Questa cultura di stampo inquisitorio merita di essere messa a fuoco nel suo sottofondo ideologico qual è documentato dalle codificazioni e dalla pratica giudiziaria dell'Italia liberale e dell'ordinamento fascista.

¹¹ V. di recente, per una sintesi, DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, p. 107.

¹² Mi sia consentito rinviare ad una risalente ricerca in cui ho proposto alcune riflessioni sui rapporti tra giuria e libero convincimento: *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.

¹³ Mi riferisco ai contributi di L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, e di L. GARLANTI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Indice pen.* 2006, pp. 109-179. V. anche, tra i processualpenalisti, A. GIARDA, *Persistendo il reo nella negativa*, Milano, 1980, e P.M. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000, II, p. 189.

2. Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il «garantismo inquisitorio» in Italia tra il 1955 e il 1988

Vorrei ora svolgere una breve riflessione su un aspetto di metodo della ricerca storica ben noto a chi ha condotto indagini sulla giustizia penale dell'età moderna e contemporanea, ma non trascurato nemmeno dagli interpreti del sistema vigente. Mi riferisco all'impegno a superare le visuali manichee che esasperano l'inconciliabilità delle culture e dei modelli dissimili e irrigidiscono la lettura dalla esperienza processuale di determinati periodi dentro la gabbia di categorie che non ammettono *nuances*. È vero invece che la realtà fa spesso scoprire fenomeni in cui la purezza dell'impronta genetica cede il passo al manifestarsi di incroci tra differenti modi di concepire il processo penale, tanto da esibire vere e proprie forme di ibridazione. Ciò vale in primo luogo per la grande dicotomia accusatorio/inquisitorio¹⁴, anche se la consapevolezza di forme ibride riscontrabili del vissuto giudiziario non deve indurre a cadere nell'errore opposto, consistente nel negare l'utilità della *summa divisio*.

Proprio partendo da questa riflessione, ho coniato negli anni Settanta la formula «garantismo inquisitorio»¹⁵ per designare una stagione del nostro processo penale nella quale hanno convissuto, all'interno del codice del 1930, l'originario impianto autoritario di Rocco e Manzini e le norme sui diritti del difensore nell'istruzione formale, varate con la legge del 1955, cui hanno poi fatto seguito sempre maggiori irrobustimenti delle garanzie mediante le sentenze della Corte Costituzionale. Si tratta evidentemente di un ossimoro che, esaltando la contrapposizione tra le due ideologie, richiama l'attenzione su una convivenza singolare e a prima vista impossibile.

La formula ha avuto una certa fortuna, al punto che Giuliano Vassalli in uno dei suoi ultimi interventi pubblici la ha utilizzata per sottolineare che il «garantismo inquisitorio» ha consentito la sopravvivenza del codice Rocco, in una veste depurata dalle sue asprezze, per ben trentatré anni¹⁶. In questa occasione il grande maestro, che ha avuto il merito di tenere a battesimo come Guardasigilli il codice del 1989, ha osservato che la locuzione da me proposta

¹⁴ Al riguardo v., tra i numerosi contributi di storici, sociologici e giuristi sempre oscillanti tra il rigore definitorio e la variabilità dei parametri concettuali, le limpide pagine di E. DEZZA, *Accusa e inquisizione, I, Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989.

¹⁵ V., per la prima enunciazione, la mia voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, p. 182.

¹⁶ G. VASSALLI, Introduzione al volume *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2009, p. 16.

conterrebbe accenti di “sarcasmo ed ironia”, almeno nell’uso che ne avrei fatto nei miei scritti¹⁷.

Vassalli ha colto con la sua ben nota finezza il limite intrinseco che ho inteso segnalare in una etichetta capace di esaltare l’incontro/scontro tra due culture. La mia era una accentuazione critica che mirava a far intendere come la convivenza tra le due anime non potesse soddisfare l’esigenza di approdare ad un processo penale veramente nuovo. L’apparato delle garanzie nella fase istruttoria finiva per alimentare l’illusione di una giustizia garantista senza peraltro modificare il peso delle risultanze istruttorie ai fini della decisione dibattimentale, ed anzi accreditandone ancor più il valore.

Certo, come ho accennato più sopra, la forma di ibridazione processuale più conosciuta è quella inaugurata con il *code d’instruction criminelle* del 1808 che ha fuso i due modelli contrapposti dell’inquisitorio e dall’accusatorio in un unico rito. Ne è nato il processo misto che tanta fortuna ha avuto in tutto il continente europeo in quanto strumento che, da un lato, consentiva agli Stati di mantenere saldamente nelle mani le redini del potere in ambito giudiziario mediante una fase istruttoria segreta e dominata dal giudice-poliziotto, dall’altro, permetteva di sbandierare la recezione del vento garantista propiziato dai principi di libertà della Rivoluzione francese.

È però evidente il divario tra lo storico *merger* delle due culture attuato nel modello napoleonico e il caso italiano del “garantismo inquisitorio” impostosi tra il 1955 e il 1988. Il primo è frutto di una svolta epocale che esprime la vocazione ad edificare una giustizia penale moderna, senza però avere la forza di liquidare il *modus procedendi* tipico dell’antico regime. Il secondo è frutto di una politica processuale di transizione che ridimensiona la logica repressiva del sistema vigente mediante l’innesto di garanzie difensive desunte da una tavola di valori che è già stata conquistata con l’avvento della Costituzione.

Nell’un caso e nell’altro l’ibridazione, pur di grado diverso, risponde alla stessa *ratio* correttiva e compensativa. C’è insomma la comune presenza di una *ars combinatoria* che vuol riformare il processo senza tagliare del tutto i ponti con il passato.

Un fenomeno analogo, che risponde ad una finalità riparatrice simile a quella della ibridazione, è quello delle prove legali del processo medioevale.

¹⁷ G. VASSALLI, op. loc. cit. Per l’uso di questa categoria nel dibattito degli storici v. P. CAPPELLINI, *Inconscio inquisitorio e regimi autoritari: un collegamento necessario*, in *L’inconscio inquisitorio*, cit. p. 3 nonché G. CHIODI, “Tornare all’antico”: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità, in *L’inconscio inquisitorio*, cit., p. 317.

Qui il “garantismo” è endogeno, nasce all’interno del rito inquisitorio: l’aritmica della prova indiziaria e le limitazioni dettate in punto di valutazione - dall’*unus testis, nullus testis* alle regole sulla credibilità di certi testimoni o del chiamante in correità - erano scaturite dall’intento di prevenire l’arbitrio del giudice in modo da creare un contrappeso al suo strapotere, in funzione di tutela dell’imputato cui era sostanzialmente negata qualsiasi difesa¹⁸.

Non va infine dimenticato che il fenomeno di ibridazione delle forme processuali non è sconosciuto nemmeno al processo di *common law*. Istituti come il *grand jury*, il *coroner* e, alle origini, lo stesso *justice of peace* sono caratterizzati da una forte impronta inquisitoria.

3. Un tema di storia contemporanea: *il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico*

Tra i compiti della ricerca storica una posizione non certo secondaria spetta allo studio dell’esperienza contemporanea. E non c’è dubbio che con riguardo al processo penale il tema centrale per questo periodo sia rappresentato dalla grande riforma in senso accusatorio realizzata con il primo codice dell’Italia repubblicana.

A più di vent’anni dalla sua entrata in vigore, l’ordinamento processuale del 1989 merita di essere collocato al centro di una storia in gran parte ancora da scrivere¹⁹, articolata su almeno tre piani: la genesi e lo sviluppo del cammi-

¹⁸ Sul punto v. G. TARELLO, *Il problema penale nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v, 1975, p. 23.

Una ricerca storica di grande interesse sarebbe quella volta ad accertare quanta parte delle massime di esperienza contenute nell’armamentario delle prove legali sia sopravvissuta, nonostante l’imporsi del libero convincimento, nell’esperienza processuale moderna e contemporanea. Penso soprattutto a regole probatorie non scritte, ma vitali nella pratica e nella giurisprudenza quali quelle riguardanti l’alibi, gli indizi e la chiamata di correo, quest’ultima peraltro in parte disciplinata dall’art. 192 c.p.p.

¹⁹ Un primo contributo di grande rilievo, dovuto ad uno dei protagonisti del lavoro di stesura del nuovo codice, è quello di M. CHIAVARIO, *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1994. Una sintesi molto efficace dell’itinerario sfociato nel sistema del 1989 si trova anche in G. CONSO, *L’iter del progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, volume IV, 1990, p. 3 ss.

Per una ricostruzione delle vicende evolutive della giustizia penale dopo il varo del codice del 1989 v. R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell’Italia Repubblicana*, Relazione introduttiva svolta al convegno di Ferrara 13 -14 novembre 2010, testo dattiloscritto.

no verso il nuovo rito; la dialettica tra politica e accademia nella redazione del progetto; la crisi di rigetto *post codicem* e il recupero del rito accusatorio mediante i principi del giusto processo realizzato con la riforma costituzionale del 1999.

Sul primo tema assume rilievo la vicenda dei due Progetti, il primo messo a punto nel 1978 dalla Commissione Ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia, che conservava la figura del giudice istruttore, il secondo imperniato come è noto su una struttura più affine al modello accusatorio, redatto da una nuova Commissione Ministeriale, anch'essa presieduta da Gian Domenico Pisapia, sulla base di una legge delega approvata dal Parlamento nel 1987. Nell'arco temporale di quasi dieci anni, intercorso tra il Progetto del 1978 e la delega del 1987, si registra sia una continuità operativa nel laboratorio riformistico del Ministero della Giustizia, dove hanno operato incessantemente commissioni più ristrette, sia nella sede parlamentare alla quale il governo volta a volta sottoponeva il prodotto del lavoro dei giuristi che elaboravano nuovi criteri muovendo dalla legge delega del 1974 e dal Progetto del 1978.

Questo dialogo tra la cultura giuridica e la politica schiude l'orizzonte di una indagine storica assai stimolante che dovrebbe far decifrare le ragioni del maturare di una felice congiuntura che ha consentito ai giuristi di acquisire la posizione di attori di primo piano, con un nuovo ruolo del tutto privo di precedenti nella storia delle codificazioni del nostro Paese²⁰.

Certo, ha influito molto la presenza, al vertice del cantiere riformatore, di maestri di grande prestigio come Gian Domenico Pisapia, Giovanni Conso e Giuliano Vassalli. Probabilmente, però, il più decisivo fattore di convergenza tra studiosi e politici è stato il comune sentire nel senso della aspirazione al superamento delle strutture autoritarie del codice Rocco. Ciò che si voleva veramente far emergere e consolidare nella concreta articolazione del nuovo codice era il principio della imparzialità del giudice, obiettivo realizzato mediante la eliminazione di qualsiasi potere di iniziativa istruttoria del giudice nella fase *ante iudicium* nonché con la netta censura tra quest'ultima e il dibattimento in modo da restituire al giudice dell'imputazione la libertà di decidere senza il peso del fascicolo del pubblico ministero, nel rispetto della autonomia garantita alle parti nella elaborazione della prova.

²⁰ Sul punto mi sia consentito rinviare al mio *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, relazione svolta al Convegno di Firenze del 26-28 settembre 1996 sul tema "Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto", ora in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, p. 899 ss.

Proprio in contrasto con questo nuovo equilibrio si è poi sviluppata la controriforma dovuta alla resistenza della magistratura che ha visto nella ridefinizione degli spazi per l'attività probatoria una perdita della centralità del suo potere tradizionalmente deputato all'accertamento del fatto. Si è già ricordato più sopra come il cosiddetto principio di non dispersione della prova, elaborato dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 254 e 255/1992, altro non sia se non un recupero della vocazione alla ricerca della verità materiale, vero pilastro della giustizia penale continentale.

Uno studio sulla nascita del rito accusatorio nel nostro Paese non dovrebbe infine trascurare di puntare il dito sugli errori compiuti per eccesso di zelo ideologico. Ad esempio, volendo ripudiare nel modo più netto il giudice istruttore, come magistrato-investigatore incapace di garantire un minimo di imparzialità, la riforma del 1989 ha dato vita ad una nuova figura di organo giurisdizionale che osserva dall'esterno le indagini quando interviene per esercitare funzioni di controllo e di freno rispetto all'operato del pubblico ministero. Figura esangue nata da una costola del vecchio giudice istruttore, il nuovo organo di garanzia soffre di una paralisi di potere di fronte al debordante gigantismo dell'organo dell'accusa.

Ecco la conferma che le scelte riformatrici possono talvolta rimanere imbrigliate nella trappola di un *horror hereditatis* che spinge ad una depurazione delle forme processuali certamente idonea ad eliminare le incrostazioni inquisitorie, ma foriera di problemi sulla funzionalità del *novum* proprio per l'eccesso di pulizia che ne genera una asettica operatività.

Gli studi storici devono insegnarci a scoprire anche gli effetti devianti che possono scaturire dalle riforme virtuose.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011