



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa
Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2015
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674304-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

- MARTA BERTOLINO
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,
una relazione da scoprire* 15
- MICHELE TARUFFO
Aspetti del precedente giudiziale 37
- DIRK VAN ZYL SMIT
La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato 59
- THOMAS WEIGEND
Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo 75

I grandi temi *Garanzie e garantismo*

- ALBERTO DI MARTINO
Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte 91
- LUIGI FERRAJOLI
Cos'è il garantismo 129
- FRANCESCO MORELLI
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143
- GIORGIO PINO
L'insostenibile leggerezza della legalità penale 167

I grandi temi *Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI
Una convergenza (laica) tra sacro e profano 187

LUCIANO VIOLANTE
Populismo e plebeismo nelle politiche criminali 197

Tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

Ne discutono:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Opinioni a confronto

I molti volti del disastro
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
Il disastro populistico 254

STEFANO CORBETTA
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA
Problemi attuali intorno al disastro innominato 293

Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo

307

DARIO MICHELETTI

La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo

323

OSCAR MORALES

Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo

365

CARLO PIERGALLINI

Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"

387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola

401

Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

RENATO BRICCHETTI

La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità

421

MARGHERITA CASSANO

Il segreto della camera di consiglio

425

Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO

Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?

435

CATERINA PAONESSA

Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"

455

PAOLO VERONESI
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

Diritto vivente *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI
*Facebook come un luogo pubblico:
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET
Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva 513

Antologia

CRISTIANO CUPELLI
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE
A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale" 539

FAUSTO GIUNTA
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA
"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene 637

MARIO PISANI
La crudeltà: variazioni sul tema 653

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

Some aspects of the judicial precedent 37

DIRK VAN ZYL SMIT

Life imprisonment in a globalised world 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

Big themes *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

What guarantism really is 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

The unbearable lightness of penal legality 167

Big themes *Pope Francis' speech to the delegation
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI
A (lay) convergence between sacred and profane 187

LUCIANO VIOLANTE
Populism and proletarianism in penal policies 197

Roundtable

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform
of the Code of Criminal Procedure*
Foreword by Renzo Orlandi 211

Discussants:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Confronting opinions

The many facets of the crime of disaster
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
The populist disaster 254

STEFANO CORBETTA
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA
Current issues regarding the offence of nameless disaster 293

Focus on... *Current issues regarding the relationship
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI
*The exclusive liability of the worker for his own injury.
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI
*Criminal negligence and manufacturing activities:
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation 401

Focus on... *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI
The revamped attention to the secrecy of the deliberation room 421

MARGHERITA CASSANO
The secrecy of the deliberation room 425

Opinion exchange on *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
Case law <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
Anthology	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

Antologia

RENZO ORLANDI

IL METODO DELLA RICERCA. LE ISTANZE DEL FORMALISMO GIURIDICO E
L'APPORTO DELLE CONOSCENZE EXTRANORMATIVE ^(*)

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Le dottrine penalistiche all'epoca dello Stato-nazione. – 3. Lo Stato demo-costituzionale: approcci critici e aspirazioni di riforma. – 4. Lo Stato integrato nella realtà sovranazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Preambolo*

Le cose che mi accingo ad esporre esigono qualche notazione introduttiva, utile ad evitare fraintendimenti o incomprensioni che il titolo dato alla relazione potrebbe ingenerare.

Prima, importante premessa. Le riflessioni che seguiranno non hanno pretese di obiettività. Sono consapevole di offrirle a un pubblico composto di persone particolarmente autorevoli, molte delle quali sarebbero all'altezza di svolgere, sullo stesso tema, relazioni convincenti e pregevoli, dai contenuti e con modalità esplicative ben diversi da quelli che io proporrò.

Quando ci si misura con la storia di una disciplina accademica, per quanto ci si sforzi di assumere un atteggiamento neutrale, affiora un'inevitabile componente biografica o autobiografica. Contano molto, indubbiamente, i maestri diretti e indiretti che ci hanno influenzato quando abbiamo mosso i primi passi nella ricerca; conta altresì la letteratura (non solo giuridica) frequentata e meditata negli anni della formazione, sia scolastica sia universitaria; l'atmosfera culturale che accompagna le prime ricerche monografiche, così come i temi e i problemi proposti dalla contingente realtà giudiziaria del tempo. Un insieme irripetibile di fattori sociali, culturali, ambientali lasciano tracce profonde nello spirito del ricercatore, contribuendo a condizionarne – anche al di là delle sue intenzioni e delle sue consapevolezze – la scelta dei temi di ricerca e del metodo per investigarli. Ciò spiega il carattere necessariamente “generazionale” che ogni ricostruzione storica (specialmente nel campo delle scienze umane) finisce fatalmente con l'assumere. “Gli uomini somigliano più al loro tempo che ai loro padri”, recita un vecchio

^(*) Testo riveduto con qualche aggiunta e corredato di alcune essenziali note, della relazione all'incontro organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo penale su «*Studio e didattica della procedura penale in Italia*», Firenze, 14 aprile 2014.

proverbio orientale¹. La verità riflessa in questo fulminante adagio appare tanto più evidente in un'epoca come la nostra, dove innovazioni tecnologiche, diversità di costumi e profondi mutamenti economico-sociali allargano l'intervallo psicologico fra le generazioni. Di ciò è bene essere consapevoli in questa sede.

C'è poi un secondo rilievo che è qui utile premettere anche perché dà un senso al modello esplicativo che mi accingo a proporre. Le questioni di metodo rappresentano una preoccupazione costante per chi fa ricerca. Si tratta tuttavia di preoccupazione per lo più coltivata singolarmente, in solitudine e in misura più o meno intensa, secondo la personale sensibilità dello studioso. Temi di ricerca e metodi per indagarli sono solitamente lasciati alla libertà del singolo, in base a scelte che seguono personali curiosità, propensioni e infatuazioni individuali, magari incoraggiate da maestri che fungono da guida, da colleghi incontrati come occasionali compagni di strada. Pretendere di mettere ordine in questa frastagliata realtà sarebbe fatica sprecata. La ricerca non può né deve essere incapsulata in teorizzazioni metodologiche che pretendano di limitarla. La libertà è attributo essenziale della ricerca: questa o è libera o non è ricerca (nel senso che la cultura accademica occidentale attribuisce al termine).

Detto questo, bisogna ammettere che vi sono momenti nei quali le questioni di metodo trascendono la dimensione individuale o di piccolo gruppo, diventando oggetto di discussione pubblica e di confronto fra gli appartenenti a una certa comunità scientifica. Ciò accade solitamente quando un mondo sta tramontando e ne sta nascendo un altro che esige un cambio di impostazione nella scelta dei temi, nel modo di affrontarli, nelle finalità della ricerca, nella costruzione di categorie concettuali adeguate a realtà percepite come nuove o inedite.

Credo che le scienze penalistiche stiano attraversando una di queste fasi. Del resto, anche in discipline giuridiche diverse dalle penali si nota un risveglio d'interesse per una riflessione corale sulla ricerca e i suoi metodi. Penso a un recente saggio di MARIO LIBERTINI sul metodo nel diritto civile e commerciale², alle meditazioni di SABINO CASSESE e ALDO TRAVI sul problema del metodo nel diritto amministrativo³, alle riflessioni di MARIO RUSCIANO sull'evoluzione del diritto del lavoro alla luce dei mutamenti economico-produttivi⁴. Anche nelle scienze penalistiche è affiorato un interesse dello stesso segno: ad esempio, in occasione del di-

¹ Citato in M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino 1998, Einaudi, p. 29.

² *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 2013, p. 1-41.

³ Di SABINO CASSESE si veda *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna 2014, pubblicato nella collana *Il diritto che cambia* dell'editore il Mulino. Di ALDO TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri saperi*, in *il Mulino*, 2003, p. 865-886.

⁴ *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Napoli 2014, Editoriale scientifica.

battito organizzato dalla rivista *Criminalia* per il centenario della prolusione sassarese di Arturo Rocco⁵.

Simili contributi non pretendono, ovviamente, di imporre un metodo, rinne- gando o limitando la libertà di ricerca. Si pongono piuttosto come meditate pa- rentesi ricostruttive del divenire e del succedersi degli approcci metodologici. Ri- flessioni offerte al ricercatore nell'intento di affinarne l'abilità nell'uso degli stru- menti e delle categorie concettuali, essenziali per svolgere con accresciuta consa- pevolezza la propria attività.

Lo stato attuale della ricerca in campo processualpenalistico (come di altre di- scipline giuridiche) può essere colto solo grazie a una profondità prospettica che consenta di ripercorre l'evolversi delle correnti metodologiche succedutesi negli ultimi decenni.

A ben vedere, nel campo delle scienze giuridiche (e di quelle pubblicistiche in modo particolare), le questioni di metodo affiorano con evidenza e si pongono come urgenti nei momenti di crisi e mutamento della realtà statuale o, per essere più precisi, in coincidenza con l'evolversi delle forme di sovranità e dell'esercizio del potere politico (essendo lo Stato contemporaneo una delle forme in cui si manifesta la sovranità politica). Questa è precisamente la chiave di lettura che in- tendo adottare per esaminare la recente evoluzione delle questioni di metodo nell'ambito del diritto processuale penale italiano.

Uno sguardo all'indietro – limitato all'ultimo secolo o poco più – rivela uno sviluppo in tre tappe:

1. La prima, dominata dall'idea di *Stato-nazione*, va dal tardo Ottocento e si prolunga fino alla metà del secolo scorso;
2. Segue la fase dello *Stato demo-costituzionale*, dalla fine degli anni Quaranta all'inizio degli anni '90 del secolo XX;
3. L'ultima tappa è quella dello *Stato integrato nel contesto europeo*: essa copre l'ultimo ventennio e caratterizza la realtà nella quale siamo immersi.

Cercherò di illustrare e di argomentare come e in che termini il dibattito pub- blico sul metodo si sia andato intensificato in corrispondenza di ciascuno di que- sti passaggi con un'avvertenza: la novità politica, solitamente, precede, talvolta

⁵ *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, in questa Rivista, 2011, con interventi di MASSIMO DONINI, GIOVANNI FIANDACA, RENZO ORLANDI, TULLIO PADOVANI e DOMENICO PULITANÒ (p. 127-252).

In area tedesca si vedano i contributi di W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift für HEIKE JUNG*, 2007, 189 ss.; B. SCHÜ- MENANN, *Standpunkte der deutschen Strafrechtslehrer zu den Zukunftsperspektiven der Rechtswissen- schaft und der akademischen juristischen Ausbildung*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdog- matik* 2012, p. 302 ss. e di Th. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel 21° secolo*, in questa Rivista, 2014.

anche di qualche decennio, la maturazione sul piano dottrinale di un metodo adeguato alla realtà studiata.

2. Le dottrine penalistiche all'epoca dello Stato-nazione

Con lo Stato-nazione, la legge statale è il perno attorno al quale ruota l'intero ordinamento giuridico. Sul piano dottrinale prevalgono, conseguentemente, correnti formalistiche inclini a riconoscere allo Stato-istituzione una sovranità pressoché incondizionata. Il giurista deve sforzarsi di chiarire il significato della legge, per affermarne il primato di fronte all'attività interpretativa dei giudici. Il suo compito è coerente con l'idea (tutta politica) di una sovranità statale che – tramite la legge – domina in maniera incondizionata i processi di produzione normativa.

Mi pare utile qui ricordare schematicamente alcuni documenti programmatici che influenzarono in diversi campi contigui al nostro le metodologie giuridiche di quei decenni:

a. nella prolusione palermitana di Vittorio Emanuele Orlando su *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), vero e proprio manifesto dello specialismo scientifico disciplinare nella giuspubblicistica italiana di fine Ottocento, si propugna l'idea – già avanzata dalla dottrina germanica – di una personalità giuridica dello Stato come trascendente la sfera giuridica dei singoli cittadini;

b. la prolusione bolognese di Giuseppe Chiovenda su *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), è imperniata sull'idea – anch'essa di provenienza germanica – della natura pubblicistica del processo civile: quest'ultimo è concepito non più come mezzo a disposizione del privato per ottenere ragione, bensì come espressione di un obbligo dello Stato di assicurare il diritto dei singoli (*Justizgewährungspflicht*);

c. la prolusione sassarese di Arturo Rocco su *Il problema e il metodo della scienza nel diritto penale* (1910) sarà infine il manifesto dello specialismo scientifico disciplinare che influenzerà per alcuni decenni le dottrine penalistiche in Italia.

Un importante tratto comune caratterizza questi tre documenti: alla forte affermazione di centralità dello Stato si associa la scelta di un metodo tecnico-giuridico, che si pretende neutrale. Occorre rifuggire tanto le fumisterie filosofiche quanto la piatta esegesi. Le dottrine privatistiche forniscono figure e categorie concettuali suscettibili di adattarsi anche allo studio delle discipline pubblicistiche. Tutti e tre gli autori guardano a quella parte della dottrina tedesca, detta *pandettistica*, che, nella seconda metà dell'Ottocento, era riuscita a imporsi in Germania pressoché in tutti i gli ambiti del diritto positivo. La realtà statale viene antropomorfizzata. Lo Stato è concepito alla stregua di una *persona* (in opposizione allo Stato-comunità): una persona sovrana, incommensurabile con la per-

sona fisica, ma che, al pari dell'individuo, ha una sua capacità di agire, di stringere rapporti giuridici, di esercitare diritti, potestà, e, in generale, di essere centro d'imputazione di situazioni giuridiche.

Dietro alla questione di metodo si intravede un problema politico contingente: lo Stato italiano – unificato da pochi anni – aveva bisogno anche delle dottrine giuridiche per rafforzarsi e guadagnare una propria identità. Se i giuristi dell'Italia unitaria prendevano ad esempio la Francia e le dottrine francesi come ordinamento cui ispirarsi, quelli dei decenni successivi cominciano a guardare con più interesse alla Germania, in quel tempo alle prese con un processo di unificazione non dissimile da quello che stava impegnando la politica italiana. Credo che anche per questo le dottrine germaniche – in quel torno di tempo – si siano rivelate più utili di quelle francesi ad affrontare i problemi della neonata realtà nazionale italiana. Sta di fatto che – all'inizio del secolo scorso – pressoché tutte le discipline giuridiche italiane (non escluse quelle privatistiche) erano state, per così dire, conquistate dalla pandettistica tedesca⁶.

Sembrano rilievi lontani e stravaganti. In realtà aiutano a mettere in luce la relazione che lega il tema della metodologia giuridica con le forme della sovranità politica, della quale il diritto e la procedura penale costituiscono – si può dire – le espressioni più dirette.

Il metodo tecnico-giuridico ha dominato a lungo la dottrina e la manualistica processualpenalistica.

Suoi caratteri essenziali sono:

– una rigorosa definizione dell'ambito disciplinare della materia, intesa in senso squisitamente normativo (il *diritto processuale penale*) rispetto agli ambiti disciplinari contigui o adiacenti (il *diritto penale*; il *diritto costituzionale*; il *diritto internazionale* etc.);

– l'elaborazione (o l'adattamento) di concetti giuridici essenziali per analizzare il processo penale da intendere esclusivamente come fenomeno giuridico; a ciò è correlato lo sviluppo di un lessico specialistico composto di termini tecnici atti a designare quei concetti con la dovuta precisione: nel vocabolario del processualista che professa questo metodo ricorrono spesso ad esempio espressioni quali *presupposti processuali*, *condizioni dell'azione*, *rapporto giuridico processuale*;

– la costruzione di un sistema (essenzialmente auto-referenziale) retto da principi dottrinali capaci di dar coerenza all'insieme di concetti giuridici che compongono il diritto processuale penale. Il metodo si ripromette di assicurare all'interprete quella visione sistematica del fenomeno regolato (in questo caso il

⁶ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, 2000, in particolare alle p. 71 ss.

processo penale) che dovrebbe consentir di colmare le lacune legislative, rispettando così lo spirito della legge statutale.

Il formalista non ambisce a scardinare l'ordine creato dal legislatore. Coltiva la neutralità come un valore e accetta come indiscussa l'autorità statale che pone le norme.

Non interessano i condizionamenti extralegali, percepiti come elementi di confusione di una analisi giuridica che si pretende pura, libera da incrostazioni extragiuridiche. Speculazioni filosofiche o sociologiche sono bandite come fattori di confusione. Al più possono servire al giurista come "ausiliarie": per confermare o sottolineare soluzioni già raggiunte con un ragionamento squisitamente giuridico. È assente un pensiero autenticamente critico, con riferimenti politico-culturali.

Il metodo tecnico-giuridico perdura fino agli anni Cinquanta/Sessanta del secolo scorso, sopravvivendo di qualche anno all'esperienza fascista. Anzi, dopo la caduta del fascismo, la dottrina penalistica ne tesserà le lodi, ravvisando nella sua asserita "neutralità" una ragione per "salvare" anche le norme penali e processuali volute dal regime autoritario (si vedano le prese di posizione di giuristi quali Piero Calamandrei, Giovanni Leone, Remo Pannain, Giuseppe Sabatini, Alfredo De Marsico, tutti favorevoli al mantenimento dei codici penali del 1930, proprio perché frutto di una cultura giuridica tecnica, non contaminata dalla politica⁷).

Negli anni Cinquanta del secolo scorso la ricerca e la produzione scientifica guardano ancora con fiducia al metodo tecnico-giuridico. Basti dire che la monografia di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali* (1954), comunemente considerata una sorta di atto fondativo del diritto processuale penale italiano, non si discosta in nulla da quel metodo. E lo stesso vale per i trattati e manuali dell'epoca. Il *Trattato di diritto processuale italiano* di Vincenzo Manzini, più volte ristampato e ancora molto in auge negli anni '50, era – si può dire – un esempio perfettamente riuscito di applicazione del metodo tecnico-giuridico. Analogo rilievo vale per il *Manuale di diritto processuale* di Giovanni Leone sul quale si è formata la maggior parte di coloro che si sono laureati in Italia negli anni '50 e '60.

Occorrerà attendere qualche anno per veder spuntare, sul terreno delle dottrine processualistiche, gli effetti della svolta propiziata dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana e del conseguente mutamento dell'idea di sovranità statale. Lo scarto temporale si spiega verosimilmente con il fatto che – anche sul

⁷ Per maggiori dettagli bibliografici su questo punto si rinvia alle informazioni contenute nel precedente studio *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. NEGRI e M. PIFFERI, Giuffrè, Milano 2011, p. 60-61.

piano indirizzi giuridici e giurisprudenziali – vige una sorta di principio di inerzia che si oppone al cambiamento⁸.

3. *Lo Stato demo-costituzionale: approcci critici e aspirazioni di riforma*

Verso la fine degli anni Quaranta del XX secolo, con il varo della Costituzione repubblicana e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono poste le premesse politiche per un superamento dell'approccio tecnico-giuridico. La maturazione dottrinale di concetti giuridici adeguati alla nuova realtà normativa seguirà di qualche anno l'affermarsi del nuovo clima politico.

In questo sono antesignani i cultori del diritto processuale civile. Possono essere qui citati l'ultimo CALAMANDREI, quello dei saggi raccolti nel volume *Processo e democrazia* (1954); il suo allievo, MAURO CAPPELLETTI con scritti pionieristici sui rapporti fra processo civile e costituzione⁹ che rivelano un'acuta attenzione agli sfondi ideologici delle dottrine formali del diritto processuale¹⁰; e ancora VITTORIO DENTI, autore apertissimo alla riflessione sociologica e alla comparazione, con spiccata sensibilità per le interferenze fra problemi tecnico-processuali e questioni sociali¹¹.

Con qualche ritardo, anche i cultori della procedura penale avvertono l'esigenza di affrancarsi dall'approccio formalistico del tecnicismo giuridico, che non ammetteva "critiche ideologiche" al modello processuale vigente.

Sarà poi la generazione di processualisti degli anni Sessanta e Settanta a denunciare provocatoriamente il carattere "ideologico" del diritto processuale vigente, muovendo da opzioni politico-culturali di tipo progressista e/o da richiami ai valori della costituzione repubblicana.

⁸ Ciò è evidente nell'evoluzione giurisprudenziale, inevitabilmente legata alle opinioni dei giudici di legittimità, solitamente i più anziani e, quindi, formati su testi e manuali risalenti alla loro esperienza universitaria. Ad esempio, durante il ventennio fascista, la magistratura di legittimità era largamente composta da giudici educati nel clima dell'Italia liberale: il che spiega talune prese di posizione garantiste negli anni Trenta del secolo scorso (sul tipo di quella sfociata nella creazione giurisprudenziale dell'"atto inesistente", come reazione alla scelta legislativa di abolire le nullità assolute); per contro, negli anni '50 e '60, una magistratura di legittimità pressochè interamente composta da giudici cresciuti in epoca fascista, faticcherà a prendere atto del nuovo corso impresso alla vita del diritto dalla costituzione repubblicana del 1948. Analoghi rilievi – come si dirà oltre nel testo – vanno fatti con riguardo all'evoluzione del pensiero dottrinale.

⁹ *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957.

¹⁰ *Processo e ideologie*, Mulino, Bologna 1969.

¹¹ Si vedano, ad es., i saggi raccolti in *Processo civile e giustizia sociale*, Ed. Comunità, Milano 1971.

Gli autori più innovativi di questo periodo scoprono il potenziale teorico di correnti filosofiche straniere (soprattutto anglo-americane) che il fascismo aveva emarginato: in particolare, la filosofia analitica fornisce strumenti concettuali nuovi ed efficaci per rileggere in maniera critica anche gli istituti del diritto processuale. Il carattere “liberatorio” del nuovo approccio sta nella possibilità incoraggiata dal desiderio dell'autore-ricercatore di affrancarsi dalla presunta e ingannevole univocità dei testi legislativi: ogni linguaggio, incluso quello normativo, è pieno di insidie e ambiguità che vanno sapientemente smascherate e denunciate. Inoltre, ogni testo va calato in un contesto politico e sociale che è compito del giurista ricostruire. Se il tecno-giurista analizzava la norma di legge con una rassegnata e servizievole subalternità alla volontà del legislatore, il giurista-filosofo è invece consapevole del significato politico insito in ogni opzione interpretativa. La pretesa neutralità del tecnicismo altro non sarebbe che illusione o, peggio, inganno per mascherare il volto ideologico degli istituti giuridici, delle norme che li regolano e delle relative interpretazioni.

Di grande importanza (anche per i cultori della procedura penale) si rivelano gli studi di alcuni filosofi del diritto che arricchiscono le biblioteche anche dei processualisti. Meritano di essere ricordati UBERTO SCARPELLI con le sue riflessioni sul metodo¹², sull'educazione del giurista e i suoi studi sulla filosofia del linguaggio, che apriranno la strada a interessanti approfondimenti sui temi della prova e dell'attività decisoria del giudice; LUIGI LOMBARDI VALLAURI, con i suoi studi sul diritto giurisprudenziale, la sua acuta critica alla completezza della legge, la sua idea di “*giurista militante*”, chiamato a farsi “*filosofo e sociologo se vuole che la sua irrefutabile libertà nel formulare il diritto sia munita delle ispirazioni e dei controlli proveniente da una riflessione critica sui valori e da un'analisi scientifica dei fatti*”¹³; ALESSANDRO GIULIANI, con la sua revisione del concetto di prova, che rilancia la tradizione argomentativo-retorica ciceroniana, in una prospettiva di riforma in senso democratico degli istituti processuali¹⁴; GIOVANNI TARELLO, con i suoi studi sulla storiografia giuridica, sul realismo giuridico americano e sui rapporti fra politica e diritto.

Insomma, negli anni Sessanta del secolo scorso il clima culturale che si respira è ricchissimo di fermenti “anticonvenzionali” e critici rispetto all'ordine costituito. Per limitarsi al campo degli studi penalistici e processualistici si può dire che ora sono poste le premesse anche teoriche per un progressivo abbandono del

¹² *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.* 1971, p. 553-574.

¹³ *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè 1967.

¹⁴ Di questo autore merita qui segnalare soprattutto la monografia dal titolo *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1961; un'opera che ha avuto un forte influsso sulla generazione di processualisti affacciatisi alla ricerca negli anni Sessanta.

tecnicismo giuridico, sempre più percepito come stretta camicia di forza che blocca la libertà di pensiero e di progettazione del giurista.

Guardando, in particolare, all'evoluzione delle dottrine processuali penali di questo periodo, si nota che le tendenze antiformalistiche si sviluppano lungo due linee diverse.

Un primo tipo di critica muove dall'inadeguatezza del modello processuale vigente considerato in contrasto con asseriti "principi naturali del processo".

È questo, ad esempio, il punto dal quale FRANCO CORDERO – verso l'inizio degli anni Sessanta – scaglia le sue critiche alla procedura penale allora vigente. Il metodo di Cordero, sicuramente influenzato dalla filosofia analitica e arricchito da un eruditissimo approccio storico-comparatistico, rivela – a mio avviso – una certa qual affinità con il pensiero strutturalista: il processo penale è analizzato come fenomeno politico-culturale, dove la presenza di elementi variabili nel tempo si combina con strutture fisse, inalterate e inalterabili che ne debbono costituire la struttura caratterizzante. Il modello vigente è analizzato alla luce degli (e in contrapposizione con gli) elementi che lo dovrebbero contrassegnare. Non ci si adagia sul modello legale storicamente dato. Si fa leva su un modello ideale per criticare il modello presente.

Esemplari, al riguardo, le parole scelte da Cordero, nella prima edizione del suo manuale (1966), per descrivere nella sua essenzialità il processo penale: «*Un dialogo che ha per posta la pena tende ad assumere la forma naturale del contraddittorio: se la contraddizione non ci fosse bisognerebbe procurarla artificialmente. La dottrina degli status causae, elaborata dai retori greci e romani, si svolge fra i poli dell'accusatio e della defensio e il medesimo motivo ricorre nella teoria medievale delle positiones. (dove – detto per inciso – appare evidente l'influenza degli studi di Alessandro Giuliani). E subito sotto prosegue: «Nella vicenda dei tempi sono mutate le forme, ma sopravvive il senso della contesa. Quarant'anni or sono, James Goldschmidt ha chiuso l'era dei grandi processualisti tedeschi, interpretando in questa chiave l'intera fenomenologia del processo. Quando la carica agonistica si affievolisce e la figura delle parti declina nell'ombra e la scena si riempie della presenza schiacciante del giudice, nelle cui mani l'imputato diventa un oggetto, la pratica dei giudizi degenera fatalmente. Non c'è strumento peggiore del monologo di Torquemada. A screditare il processo inquisitorio è sufficiente rilevare come sia un mezzo contro natura»¹⁵.*

Come si vede, l'approccio formalistico, tecnico-giuridico, viene qui superato in nome di un'opzione politico-culturale, a sua volta agganciata a una rocciosa "natura delle cose". Facendo leva sulla nozione politico-sociologica di "contesa",

¹⁵ Il brano è riportato con identica formulazione in *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1979, IV ed., p. 5.

ci si procura un punto di appoggio dal quale criticare *ab externo* il modello di processo vigente. Merita di essere sottolineato, a questo riguardo, il richiamo all'opera di GOLDSCHMIDT (*Prozess als Rechtslage*, 1925), propugnatore di una concezione realistica, aperta alle suggestioni extranormative provenienti dalle scienze sociali e, al contempo, quadratamente tecnica del processo: una visione informata al valore politico del liberalismo democratico, maturata nel confuso periodo weimariano di crisi della legalità statuale, quando le aperture al contraddittorio e il correlato coinvolgimento del cittadino-parte nella elaborazione della decisione giudiziaria (vista come creazione della norma del caso concreto) sembrava il possibile argine contro quelle derive autoritarie dell'esecutivo che il crepuscolo delle leggi (*Gesetzesdämmerung*) lasciava intuire e che la Germania avrebbe tragicamente sperimentato di lì a poco.

Un atteggiamento critico affine a quello di CORDERO è rintracciabile in altri autori: penso in particolare al tardo FRANCESCO CARNELUTTI dei *Principi*¹⁶ e all'innovativa monografia del suo allievo GIUSEPPE DE LUCA, dove – sempre sulla base di opzioni di realistica opportunità – si aggredisce per la prima volta il mito del giudicato penale¹⁷, nel quale si rifletteva simbolicamente il principio di unità della giurisdizione e, con esso, l'assolutismo dello Stato quale unico dispensatore di norme. E penso anche a MICHELE MASSA, autore quasi dimenticato, capace di sottoporre a serrata critica l'ordinamento processuale vigente da posizioni "ideali": il suo *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado* (Giuffrè 1964) si chiude con un capitolo (il 5°) dedicato all'esposizione dei principi naturali del giudizio penale, con un'espressiva quanto efficace scelta stilistica che inverte il tradizionale ordine espositivo.

Un secondo approccio caratterizza la nuova leva di processualisti che operano nello scorcio finale degli anni Sessanta e nel decennio successivo.

Possiamo chiamarla "svolta costituzionalistica". Il modello processuale vigente è criticato alla luce di principi non più naturali, ma giuridici. Nei principi fissati in testi sovralegali quali la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti umani si coglie una sorta di giuridicizzazione del diritto naturale, quanto meno con riguardo ai diritti inviolabili della persona.

Un episodio può esser considerato emblematico di questo passaggio per la nostra disciplina. Alludo all'intervento che GIOVANNI CONSO (allora il più autorevole processualpenalista in circolazione) svolge nel maggio 1968 al Convegno di Pavia organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile. Il tema che gli è assegnato è *La natura giuridica delle norme sulle prove penali*¹⁸. Conso lo af-

¹⁶ *Principi del processo penale*, Morano, Napoli 1960.

¹⁷ *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano 1962.

¹⁸ *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 18 ss.

fronta abbandonando l'atteggiamento tecnico-giuridico al quale si era affidato negli studi precedenti in favore di una visione che oggi diremmo costituzionalmente orientata. Oggetto specifico del suo intervento era la controversa questione riguardante il valore probatorio da assegnare agli atti di istruzione sommaria, dopo che la Corte costituzionale (sent. 52/1965) aveva dichiarato illegittima la relativa disciplina per contrasto con l'art. 24 comma 2 cost. Le sezioni unite della Corte di cassazione (sent. Tarantini) si erano espresse in favore dell'utilizzabilità degli atti istruttori già compiuti, in forza del principio *tempus regit actum*, reso qui applicabile sulla base della formalistica distinzione fra norme processuali (fra le quali rientrerebbero quelle sulle prove) e norme sostanziali (sempre orientate al *favor rei*). Conso critica la soluzione formalistica offerta dalle sezioni unite: muovendo dall'art. 24 comma 2 cost. sostiene che le norme di garanzia (ancorché di natura processuale), in quanto più favorevoli all'imputato, vanno applicate retroattivamente, alla stessa maniera delle norme penali sostanziali; non possono essere assoggettate al regime intertemporale valido, in linea generale, per le altre norme processuali.

In un breve intervento nell'ambito di quello stesso convegno Mauro Cappelletti considererà la presa di posizione di Giovanni Conso "un vero e proprio avvenimento metodologico nella dottrina processualistica del nostro Paese"¹⁹.

La nuova leva dei processualisti che si affaccia all'insegnamento in quel periodo ha ormai via libera per proseguire l'opera di critica del diritto processuale vigente dal punto di vista dei principi sovralegali, proponendo studi destinati a influire sia sulle prospettive teoriche della ricerca, sia sul terreno pratico del discusso e tortuoso percorso di riforma del codice di procedura penale.

Già nella seconda metà degli anni Sessanta, appaiono gli studi di MARIO CHIAVARIO sulla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*²⁰. Seguono, negli anni Settanta, studi di notevole originalità, spesso dedicati a istituti classici riguardati però e riletti in chiave critica: quelli di ENNIO AMODIO in tema di formazione della prova, di logica del decidere e di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia²¹; quelli di VITTORIO GREVI sul diritto al silenzio²² e sulla libertà personale²³; quelli di MASSIMO NOBILI sulla valutazione giudi-

¹⁹ La «natura» giuridica delle norme sulle prove, in *Riv. dir. proc.* 1970, 92.

²⁰ *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.

²¹ *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1970; *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.; *Motivazione della sentenza penale*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè 1977.

²² *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, Giuffrè.

²³ *Libertà personale dell'imputato*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano 1974.

ziale della prova²⁴ e sulla rilettura delle regole processuali alla luce della disciplina costituzionale del processo²⁵; quelli di GIULIO ILLUMINATI, sulla presunzione di innocenza²⁶; e, ancora, di PAOLO FERRUA sul principio di oralità²⁷. Comune a tutti questi autori (e ad altri che scrivono in quel periodo) è la critica del modello processuale vigente, sulla scorta di valori sovralegali che ne impongono la revisione. Siamo, del resto, nel periodo in cui la riforma processuale è percepita come possibile e imminente, anche grazie ai numerosi interventi della Corte costituzionale.

Nell'esperienza italiana, la "svolta costituzionalistica", mantiene – sul piano del metodo – alcuni tratti dell'esperienza tecnico-giuridica, in quanto tende ad esaurire sul piano puramente giuridico l'esame delle questioni processuali. Ma si discosta, al contempo, da quella esperienza, per il taglio critico e propositivo (in termini di superamento del modello attuale) facilmente riscontrabile in tutti gli autori appena ricordati. L'approccio storico-comparatistico è valorizzato per criticare il presente e immaginare modelli ideali di giustizia penale, in linea del resto con lo spirito politicamente *engagé* che i migliori giuristi dell'epoca non disdegnavano di manifestare, in aperto e quasi ostentato contrasto con la pretesa neutralità del tecnicismo giuridico.

Una variante (si potrebbe dire un completamento) dell'approccio critico appena considerato è riscontrabile in alcuni studiosi che propongono un'analisi realistica del fenomeno processuale, facendo ricorso alle scienze extranormative (in particolare alla sociologia del diritto e alla criminologia): ciò al fine sia di evidenziare le tare del modello processuale vigente, sia di superare la visione "angusta" di chi vede nel processo penale un accadimento esclusivamente giuridico (pur nel quadro dei principi sovralegali fissati in Costituzione e in Convenzioni o Patti internazionali).

Già alcuni autorevoli cultori del diritto processuale civile (penso in particolare ai già citati MAURO CAPPELLETTI e VITTORIO DENTI), avevano sottolineato l'importanza dell'osservazione sociologica nell'analisi di un fenomeno variegato e complesso come il processo giudiziario.

In campo penale, si può ricordare il nome di MASSIMO NOBILI, al quale va riconosciuto il merito di aver quanto meno tentato di arricchire lo studio della procedura penale con aperture alle scienze extra-normative e, segnatamente, alla sociologia. In un corposo articolo dal sapore programmatico apparso su *La Questione criminale*²⁸, Nobili sostiene la necessità di guardare al processo penale tenendo conto sia dei condizionamenti pratici che, di fatto, premono sui compor-

²⁴ *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974.

²⁵ *La disciplina costituzionale del processo*, tip. Lorenzini, Bologna 1976.

²⁶ *La presunzione d'innocenza*, Zanichelli, Bologna 1979.

²⁷ *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano 1981.

²⁸ *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Quest. crim.* 1977, 51-91

tamenti delle parti e del giudice, sia delle molteplici conseguenze sociali (verso terzi) che ne accompagnano lo svolgimento. Finché resta rinchiuso nella stanza delle categorie giuridiche, lo sguardo del processualista vede solo uno spicchio della realtà che sarebbe tenuto a indagare; non riesce a cogliere il lato più vitale dell'esperienza processuale, vale a dire il concreto operare dei protagonisti della vicenda giudiziaria (giudice, pubblico ministero, polizia, parti). Sfuggono inoltre alla sua attenzione le gravi distorsioni che spesso la vicenda è destinata a subire, ad esempio, per effetto della rappresentazioni che ne danno i *mass media*. Verrebbe conseguentemente considerato come singolarità non meritevole di critica l'uso anomalo e pretestuoso (per finalità politiche se non di puro protagonismo individuale) di istituti processuali quali, ad esempio, la comunicazione giudiziaria (come allora si chiamava) o le misure cautelari, spesso amplificati e falsati nei loro effetti da sapienti e interessate campagne di stampa.

L'invito non ha avuto molti seguaci. Quanto meno non fra i processualpenalisti del periodo qui considerato. Una delle rare eccezioni è forse rappresentata da alcuni dei saggi raccolti nel volume – curata da Ennio Amodio – sulla partecipazione popolare nei giudizi penali²⁹. Si trattava di una sfida non facile da raccogliere per la comprensibile (ancorché non giustificata) diffidenza o, addirittura, indifferenza che molti colleghi nutrono nei confronti delle scienze sociologiche.

Non sono mancate peraltro ricerche quantitative (riguardanti anche il processo penale) come quelle curate dall'*Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari* fondato da GIUSEPPE DI FEDERICO, di DAVID NELKEN sui rapporti fra processo penale e informazione³⁰ e sulla ragionevole durata del processo³¹, di CLAUDIO SARZOTTI sull'organizzazione delle Procure della repubblica. Si ha però l'impressione che questa produzione (assai copiosa e, in taluni casi, di notevolissimo interesse per la ricerca anche giuridica) non sia stata finora oggetto di grande attenzione da parte dei giuristi e, in particolare, da parte dei cultori del diritto processuale penale. Credo che la ragione stia nella diversità di linguaggi, di semantiche concettuali, di approcci metodologici che ancora dividono i giuristi dai sociologi, dagli scienziati della politica e, più in generale, dagli specialisti di discipline extranormative.

Lo sguardo sui fatti e sul reale andamento della giustizia penale non sono stati decisivi per superare definitivamente le anguste prospettive e talune idiosincrasie

²⁹ *I giudici senza Toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Giuffrè 1979: si veda in particolare il contributo di M. Cacciani su *Funzionamento e rappresentanza della giuria nelle indagini di sociologia giuridica*, *ivi*, p. 187-229.

³⁰ D. NELKEN e M. MANERI, *Un'indagine sociologica*, in *Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, a cura di G. GIOSTRA, ed. Università degli studi di Macerata 2000, p. 213 ss.

³¹ D. NELKEN e M.L. ZANIER, *Tra norme e prassi: durata del processo penale e strategie degli operatori del diritto*, in *Sociologia del diritto* 2006, p. 143 ss.

proprie del tecnicismo giuridico. L'approccio critico al formalismo ha trovato espressione in atteggiamenti "visionari", rinvigoriti dalle aspirazioni di riforme penali che trovavano ricco alimento nel clima politico-ideologico degli anni Sessanta e Settanta. Realizzata la riforma processuale del 1988, affievolitosi l'approccio per così dire "ideologico" ai problemi giuridici e col cambio di passo determinato dal processo di integrazione europea si verificherà un brusco calo di tensione in quell'approccio critico. Anche gli studi e le ricerche in campo penale ne risentiranno.

4. *Lo Stato integrato nella realtà sovranazionale*

Negli anni '90, con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam (preceduti dal Trattato di Schengen – 1985 – e dalla correlata Convenzione attuativa del 1990), si entra gradualmente in una nuova fase caratterizzata dalla lenta ma progressiva perdita di sovranità dello Stato e dal conseguente moltiplicarsi delle fonti normative (Trattato di Lisbona; decisioni quadro; direttive; raccomandazioni del Consiglio d'Europa etc. valore cogente della Giurisprudenza delle Corti europee).

Trattandosi della fase che stiamo vivendo, riesce difficile – per eccesso di vicinanza – farne un esame lucido e spassionato. Qualche spunto di riflessione può tuttavia essere azzardato, con l'avvertenza che il rischio di forzature soggettive è qui più elevato che nei punti trattati in precedenza.

Un fenomeno comunemente considerato caratteristico del momento presente è la crescita d'importanza del "formante giurisprudenziale" e la molteplicità delle fonti normative, con conseguente, inevitabile perdita di rilievo del "formante legislativo". Il lavoro del ricercatore ne risente necessariamente. Metodi e oggetto della ricerca vanno aggiornati e adattati a una realtà (comunitaria e sovranazionale) che esige soluzioni "armonizzate" sia per agevolare la cooperazione giudiziaria e di polizia fra gli Stati UE, sia per assicurare standard minimi di garanzie sotto il segno della CEDU.

Credo pertanto che il ricercatore odierno sia avvantaggiato se possiede l'*habitus* mentale del comparatista, utile, a mio avviso, per cogliere con la dovuta elasticità i concetti di un nuovo *ius commune* europeo che le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo stanno contribuendo a formare e le istituzioni dell'Unione Europea condensandole in direttive vincolanti per gli Stati membri³².

³² Cominciano a circolare (anche in Italia) strumenti manualistici, di ottima fattura, ormai indispensabili per orientarsi in una materia nuova, ma destinata a costituire bagaglio essenziale per il processualista anche dedito allo studio del diritto nazionale: consigliabile, al riguardo, il *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. Kostoris, Milano, Giuffrè 2014.

Chi è allenato alla comparazione, chi ha maturato nel tempo uno sguardo di-sancorato dal diritto vigente nella realtà statuale per così dire “elettiva”, sa cogliere con maggior precisione i fermenti di novità e i concetti fondamentali che via via emergono (in particolare nel continuo lavoro della giurisprudenza). Prendiamo, ad esempio, una categoria concettuale come quella evocata dal sintagma “principio di proporzionalità”, frequentemente utilizzata nella nostra giurisprudenza costituzionale a proposito dei limiti da rispettare nella compressione di diritti individuali funzionali all’esercizio della giurisdizione penale; un principio largamente utilizzato anche dalla Corte di Strasburgo, che, a sua volta, si è ispirata a una risalente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Chi di quel principio conosce la storia e la lenta elaborazione giurisprudenziale e dottrinale è certamente nella posizione ideale per farne un uso corretto e consapevole. È solo un esempio, estensibile a molte altre categorie concettuali che circolano nella prosa normativa europea di origine sia giurisprudenziale sia legislativa.

Dalle Corti europee viene poi un invito al realismo. Le difficoltà pratiche in cui si dibatte oggi la giustizia penale italiana non possono lasciare indifferente il ricercatore. Anche perché la Corte di Strasburgo volge la propria attenzione all’esercizio concreto del potere punitivo da parte dei singoli Stati contraenti più che ai principi fissati nelle loro leggi interne.

La proposta avanzata da Massimo Nobili nel lontano 1977 andrebbe rimeditata e attualizzata. Oltre al “diritto processuale penale”, inteso come complesso di norme che regolano il processo, va studiato anche il fenomeno processuale in quanto tale, con attenzione ai molteplici fattori extranormativi (politici, sociali, culturali) che lo condizionano.

Ciò estende in misura considerevole il raggio d’azione del ricercatore ed esige l’acquisizione di abilità nel campo della ricerca di base. È vero che, in assenza di dati affidabili risulta impossibile assolvere questo compito; ma la mancanza di dati affidabili non può essere una scusante o un pretesto per astenersi dal ragionare sui dati. Dev’essere anzi motivo per esigere – da parte di chi fa ricerca – che quei dati siano raccolti e resi facilmente disponibili. Dagli studiosi dovrebbero venire impulsi e sollecitazioni affinché il lavoro giudiziario sia organizzato in maniera che talune informazioni quali, ad esempio, quelle concernenti la scelta dei riti alternativi (magari distinti per tipologie di reato), quelle riguardanti la durata delle diverse fasi procedurali, quelle relative al tipo di sanzioni irrogate e alle modalità esecutive delle stesse, siano considerate materiale ordinario e indispensabile per ricerche sulla giustizia penale: ricerche che abbiano il pregio anche dell’utilità sociale. Le tecnologie informatiche possono rivelarsi preziose alleate per assicurare simili risultati.

5. Considerazioni conclusive

Credo che nessuna delle abilità predicate dagli approcci metodologici passati in rassegna vada abbandonata. Ciascun metodo (da quello tecnico-giuridico a quello per così dire integrato con le scienze extranormative) ha caratteristiche che meritano di essere salvaguardate e che debbono ispirare l'odierna e la futura attività di ricerca.

Il processualista contemporaneo ha davanti a sé un campo ampio e variegato da coltivare: da lui si esigono abilità esegetiche, meglio se arricchite dallo *habitus* mentale del comparatista; sensibilità all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata; consapevolezza del carattere "politico" del processo (come ci ha insegnato FRANCO CORDERO sulle orme di JAMES GOLDSCHMIDT). Ma anche attenzione ai problemi pratici e alle questioni organizzative riguardanti la giustizia penale: ciò che richiede predisposizione al lavoro interdisciplinare e capacità di coltivare relazioni con esperti di altri settori disciplinari sia nell'ambito delle scienze giuridiche, sia nel campo delle scienze sociali e storico-filosofiche.

Riassumendo e tirando le fila di quanto fin qui osservato direi che il processualpenalista contemporaneo dovrebbe:

a) impegnarsi nel definire e ridefinire un quadro normativo in costante trasformazione, per la molteplicità e frammentarietà delle fonti oltre che per il crescente ruolo creativo della giurisprudenza (sia interna sia sovranazionale). Questo compito (di continua ricognizione normativa) non può essere disgiunto da uno sforzo interdisciplinare, di riflessione comune con i cultori di discipline contigue (dir. penale, dir. costituzionale, dir UE, dir. internazionale) volto a cogliere i movimenti di lungo periodo di evoluzione del sistema giuridico. La progressiva specializzazione della ricerca va compensata dalla creazione di *pool* interdisciplinari. Qui, l'approccio formalistico e "sistematico", vale a dire, l'uso e la formazione di categorie concettuali atte a cogliere i nessi nascosti del tessuto normativo regolante il fenomeno processuale, mantiene una sua indiscutibile utilità. L'interprete deve avere l'accortezza e la prudenza necessarie a ricomporre il quadro delle regole processuali stabilendo i rapporti di gerarchia fra le diverse fonti normative e individuando di conseguenza i principi fondamentali della disciplina. Molti istituti del diritto processuale penale attendono di essere rivisitati alla luce del nuovo quadro normativo che si va delineando a seguito dell'integrazione dello Stato nazionale in una comunità sovranazionale. I temi sono molteplici e vari: penso, ad esempio, al giudicato; alle invalidità processuali; alle impugnazioni; ma anche alla collocazione istituzionale del pubblico ministero; all'imparzialità del giudice; alla responsabilità civile e disciplinare del magistrato; e, ancora, all'opportuna rivisitazione dei diritti difensivi nel contesto di un modello processuale ispirato ai valori dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova; alla necessaria

ridefinizione dei diritti fondamentali della persona, tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali elaborati dalle Corti europee. Lavoro ampio, come detto, che attende le nuove leve di studiosi.

b) Il processualpenalista dovrebbe inoltre assumere su di sé i problemi pratici di funzionamento del sistema penale. In questa direzione sono andati, del resto, gli ultimi convegni dell'associazione fra gli studiosi del processo. Conviene ripeterlo: oggetto di studio non dev'essere solo il diritto processuale, ma anche il processo come concreto fenomeno della vita associata. La ricerca di base è essenziale. Come detto, non può essere una scusante l'assenza di dati affidabili sul piano statistico. Per superare le attuali inadeguatezze sarebbe opportuno, a mio avviso, avviare contatti con l'ufficio statistico del ministero della Giustizia e con l'ISTAT, se non altro per segnalare un interesse scientifico e di ricerca che finora ha latitato. Alcuni dati sono peraltro già disponibili e parrebbero affidabili (specie per quanto concerne l'esecuzione penale).

La bontà delle soluzioni legislative e giurisprudenziali va saggiata alla stregua sia di argomenti sistematici (interni all'ordine o al sistema normativo), sia di considerazioni tratte da scienze extranormative (quali la sociologia, la storia del diritto o delle istituzioni). In certi settori dell'esperienza penalistica, ad esempio in quello della giustizia penale minorile, è ormai riconosciuto come indispensabile il ricorso a nozioni fornite dalla psicologia infantile, dalla pedagogia, dalle scienze della formazione. In altri settori, ad esempio quello della responsabilità penale delle persone giuridiche, si rivela essenziale il ricorso alle scienze economiche e aziendalistiche. I problemi di cattivo funzionamento della giustizia penale pongono sempre questioni anche di carattere organizzativo che possono essere compresi ed avviati a soluzione solo con l'ausilio di esperti in scienza dell'amministrazione e di ordinamento giudiziario.

I saperi extranormativi vanno usati non già come ausiliari o ancillari rispetto alle soluzioni normative date (nel senso auspicato dal tecnicismo-giuridico), bensì come elementi di un sapere integrato (giuridico ed extragiuridico).

La progressiva specializzazione delle discipline giuridiche ha acuito in misura crescente e, si può dire, parossistica, lo sguardo su singoli istituti o su frammenti di realtà giudiziaria e rischia di far perdere di vista l'insieme del fenomeno processuale. È pertanto consigliabile che, nel loro periodo formativo, i giovani ricercatori evitino la monotematicità.

Nessun cultore del diritto processuale penale, oggi, è in grado di controllare i molti saperi necessari a cogliere la complessità del fenomeno che stanno studiando. Il rimedio – come già accennato – sta nell'apertura interdisciplinare. Il lavoro di gruppo, già importante per assolvere i compiti per così dire speculativi indicati sub a), si rivela oggi indispensabile anche per affrontare i problemi pratici posti dall'attuale situazione di crisi della giustizia penale (*in primis* sovraffollamento

carcerario, durata abnorme dei processi, tensioni patologiche fra magistratura e avvocatura, rapporti fra giustizia penale e mondo dell'informazione, dialettica fra esigenze di sicurezza sociale e salvaguardia dei diritti individuali, tutela delle vittime etc.).

A tal fine è opportuno che soprattutto i giovani ricercatori trascorrono periodi di studio in centri di ricerca o Università europee, per familiarizzarsi con altre realtà sociali, con metodologie di lavoro, tematiche di ricerca, orientamenti giurisprudenziali e normativi differenti dai nostri. Si aggiunga che lo studio di altre realtà (normative e giurisprudenziali) non è più interesse del solo comparatista. Può risultare rilevante persino sul piano applicativo, per intendere con maggior consapevolezza il diritto interno, come dimostrano alcune decisioni della Corte di cassazione in tema di mandato d'arresto europeo³³.

Un impulso all'interdisciplinarietà e alla comparazione viene oggi dalle fonti di finanziamento (europeo) della ricerca. In quella sede sono premiati progetti di largo respiro, dalle intuibili finalità pratiche, su temi che interessano più stati membri UE; progetti capaci di coinvolgere studiosi di discipline anche extragiuridiche, per l'ovvia ragione che i problemi concreti posti dalla realtà vanno compresi in tutte le loro sfaccettature ed esigono risposte che nessuno "specialista" è in grado di fornire.

c) Di grande utilità sarebbe, infine, (sotto il profilo sia dell'evoluzione delle teorie processualistiche, sia della ricerca di base) l'apertura – ad opera di gruppi di studiosi – di "poli tematici" collegati con istituzioni o realtà in grado di segnalare i problemi pratici che la quotidianità giudiziaria sforna in continuazione. Penso principalmente al Massimario della Corte di cassazione, dal quale potrebbero venire utili spunti per indirizzare una ricerca orientata alla soluzione di problemi concreti, prima che la Corte li esamini. Penso altresì a possibili rapporti con talune autorità indipendenti (garante *privacy*, anticorruzione, CONSOB) a loro volta in grado di ispirare studi e ricerche su temi meritevoli di approfondimento. E penso altresì ad enti privati – quali, ad esempio, l'Unione delle camere penali, i centri antiviolenza – dai quali potrebbero venire altre segnalazioni e suggerimenti preziosi. Per quanto riguarda la realtà europea, sarebbe opportuno, ai fini qui considerati e nei limiti del consentito, stabilire contatti (di studio e ricerca) con istituzioni quali OLAF e EUROJUST.

³³ Particolarmente eloquente, al riguardo, Cass. sez. unite 30 gennaio 2007, Ramoci, in CED RV 235348, dove un problema di consegna dell'imputato all'autorità tedesca viene risolto alla stregua di un attento esame della normativa che la *Strafprozessordnung* detta in tema di durata della custodia cautelare.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

- CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze
CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata
GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo
MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano
LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione
GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di
Milano
FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano
MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)
GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano
DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)
PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara
CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de
la Plana (Spagna)
LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino
THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)
FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2015