

1. DISPUTE SULLA RIFORMA - 2. INQUISIZIONE E ACCUSA - 3. LA CONCILIAZIONE DEGLI OPPOSTI - 4. PROFILI DELL'ISTRUZIONE - 5. DUE MODI D'INTENDERE L'ISTRUZIONE - 6. ISTRUZIONE IN CONTRADDITTORIO? - 7. L'INCHIESTA PRELIMINARE - 8. DOVERE D'ACIRE E ARCHIVIAZIONE - 9. L'IMPUTAZIONE - 10. LE CAUTELE PERSONALI - 11. GLI INCIDENTI PROBATORI - 12. CONCLUSIONI DELL'INCHIESTA - 13. ACCUSA E PREDIBATTIMENTO - 14. L'ACCUSA IMMEDIATA - 15. LA PARTE CIVILE - 16. LE PROVE NEL DIBATTIMENTO - 17. LA MODIFICAZIONE DELL'ACCUSA - 18. REGOLE DELLA DECISIONE - 19. PROFILI DELLE IMPUGNAZIONI - 20. OLTRE IL GIUDICATO - 21. GLI ATTI PROCESSUALI INVALIDI - 22. EPILOGO.

1. DISPUTE SULLA RIFORMA.

Nelle dispute sul processo penale una certa dissonanza di voci è inevitabile. Tuttavia, il rispetto d'alcune regole del gioco accresce in misura ragguardevole le probabilità d'intendersi. Tale fortunata coincidenza si verifica fra interlocutori che usino le parole a proposito, scelgano le più semplici fra le ipotesi formulabili ed escludano gli enunciati privi di significato. Ad esempio, la discussione non progredisce di un passo, quando si proclama che questo o quell'istituto sono intangibili perché rappresentano un'eredità secolare. Meglio chiedersi se simili concrezioni storiche meritino d'essere conservate. Vi sono idee che non ammettono neppure il tentativo d'un approccio critico: accoglierle è un fatto mistico: ma il processo penale, nel nostro tempo almeno, non appartiene alla sfera del mistico quanto alla prassi ragionata. Sette secoli, or sono si propose in Inghilterra di mutuare un istituto dal diritto romano-canonico, ed i baroni *una voce responderunt, quod nolunt leges Angliae mutare*. Che vi fossero buoni motivi per rispondere a quel modo, risulta dalla felice esperienza della *Common Law*. Anche da noi ci sono leggi, a proposito del processo penale, che vantano qualche secolo di tradizione, ma basta un attimo di riflessione per capire che, se le mutassimo, non perderemmo molto.

2. INQUISIZIONE E ACCUSA.

Il modo più serio d'affrontare l'argomento consiste nel cominciare dalla nomenclatura. Gli aggettivi «inquisitorio» e «accusatorio» sono usati in almeno due significati: nel primo, sottolineano la

differenza tra i procedimenti instaurati *ex officio* e quelli nei quali la decisione presuppone una domanda (donde il binomio «potere d'agire e potere di decidere»). Nel secondo, configurano due modi, che stanno agli antipodi, d'intendere ciò che avviene nel processo: l'inquisitore è un giudice al quale la legge accorda un credito illimitato, e ciò spiega perché all'inquisito non sia permesso d'interloquire. Nei sistemi accusatori, al contrario, vale la regola del dialogo: ciò che si fa *in judicio*, si fa pubblicamente. Si potrebbero enumerare altri caratteri differenziali ma questi sono i più interessanti. Lasciamo da parte il primo: il monopolio dell'azione penale, eccettuati pochi casi, spetta al pubblico ministero, sicché, a prezzo di una piccola bizzarria d'espressione (da cui è consigliabile astenersi), si potrebbe persino dire che il nostro è un processo accusatorio. Ma il profilo più importante è il secondo. A questo riguardo non c'è alcun dubbio che il nostro ordinamento contenga istituti d'impronta inquisitoria; nè il legame con il passato si limita alle norme e a ciò che esse prescrivono: inquisitorio è anche lo spirito con cui le norme sono talvolta intese.

3. LA CONCILIAZIONE DEGLI OPPOSTI.

A proposito di strutture ereditate dal passato. Negli ordinamenti Europei, in un'epoca che si svolge dalla rivoluzione francese, è avvenuto qualcosa di molto importante: l'apparato inquisitorio appariva incompatibile con il mutato assetto dello Stato; le nuove ideologie imponevano di congegnare il processo in tal modo da consentire un'effettiva tutela del cittadino. Ma le tradizioni lasciano un residuo vischioso di abitudini mentali e questo è il presumibile retroscena psicologico dell'espedito di cui ora si parlerà. Anziché riformare il processo, lo si è sdoppiato: a un procedimento senza contraddittorio se ne è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa, e dalla somma dei due è venuta fuori la simbiosi che si suol denominare «processo misto». Il primo, affidato ad un giudice istruttore, è stato denominato «istruzione»; per il secondo si è escogitato il nome «dibattimento». L'uno volto a operazioni segrete documentate per iscritto (il senso religioso del verbale, tipico dello stile inquisitorio, è un prodotto di cautela, diffidenza, scrupolo esasperato); l'altro inteso a far rivivere i fatti descritti nei protocolli dell'istruttore. Si è vantato il

compromesso come un felice prodotto d'intelligenza combinatoria; addirittura si suol ripetere che sistemi sul tipo del nostro rappresentano il punto ideale d'equilibrio fra le due direttive che si alternano nella storia degli istituti.

Sono apprezzamenti abbondantemente ottimistici, giacché, per quanto spiacevole sia ammetterlo, gli opposti non si lasciano conciliare. Voglio dire che il dibattimento preceduto da un'istruzione scritta e segreta ha molte probabilità di risolversi in una finzione di procedimento accusatorio. Infatti, le prove formate nello stadio anteriore vi si insinuano tali e quali. Inoltre, ammesso che debbano essere rinnovate *coram partibus* (è il minimo che si possa pretendere, se si vuole che il dibattimento serva a qualcosa), tutto dipende dal valore che compete ai verbali dell'istruttore. Se le due deposizioni rese successivamente dal medesimo testimone sono considerate prove di pari rango, ogniqualvolta sia preferita la prima, il giudice decide in base a quanto un altro magistrato dice d'aver appreso segretamente: nel risultato (a parte, s'intende, l'ignobile pratica della tortura) non si vede una gran differenza dai rituali *ancien régime*.

4. PROFILI DELL'ISTRUZIONE.

I limiti dell'espedito appaiono chiari: il principio del contraddittorio non è rispettato quando il giudice pronuncia in base ai verbali istruttori. Il meno che ci si possa attendere è una severa svalutazione del dibattimento, nel quale, infatti, le letture prevalgono tendenzialmente sul dialogo: il che smentisce molte delle comuni affermazioni intorno alle meraviglie del processo «misto». Su altre massime egualmente accreditate pesa un sospetto di insincerità. Si dice, ad esempio, che il procedimento istruttorio è una garanzia contro i dibattimenti superflui e così si risolve in una tutela del cittadino. In parole molto semplici si potrebbe obiettare che anche nell'istruzione vi è un imputato; dunque, l'asserita salvaguardia consiste nell'assoggettare a processo una persona, per sapere se la si possa o meno giudicare. Sarebbe poi interessante chiedersi se sia più sgradevole la pubblicità di un dibattimento nel quale si rispetti l'unità di tempo, ovvero l'incubo di una pigra

istruzione il cui assillo è moltiplicato dalla cortina del segreto: qualcuno subisce il processo e ignora ciò che vi accade; nè accadono cose di poco conto, se questo è il preludio in cui si forma la maggior parte delle prove: nel dibattimento ci si troverà di fronte ad altrettanti fatti compiuti. A parte simili rilievi, si è indotti a supporre che il fine dell'istruzione sia un altro: se il delitto tende a nascondersi, non si può pretendere troppo *fair-play* nelle operazioni intese a scoprirlo; perciò i primi passi sono mossi in segreto. Nulla di male se le parti private fossero escluse dalle sole iniziative volte a individuare le possibili fonti di prova: questa è una misura imposta da elementare spirito realistico, giacché il processo (per quanto taluni lo dimentichino) serve anche alla repressione dei reati. Senonché, l'esigenza di cautela è spinta a conseguenze eccessive: la sfera del segreto, infatti, comprende le operazioni con cui si formano le prove, e qui si para la solita alternativa: quando si accorda efficacia alle prove costituite in assenza delle parti, il principio del contraddittorio è rinnegato.

Due altri istituti oggi complicano fortemente il problema: l'istruzione sommaria e l'uso smodato che si fa dei verbali preistruttori come di autentiche fonti di prova. Quanto al primo punto, basterà osservare che il pubblico ministero, investito del potere monopolistico d'azione, è una parte; attribuirgli i poteri tipici del giudice significa violare la regola naturale del processo: l'organo dell'accusa agisce nell'istruzione come un giudice e, nel dibattimento, come un contraddittore; in questa veste usa le prove che ha formato poco prima. Tali i paradossi a cui conduce l'istinto combinatorio. Il giudice e la parte si muovono in sfere distinte e ogni attenuazione della linea di confine segna un regresso in sede pratica. I *laudatores* del sistema odierno negano debolmente la contraddizione, assumendo che il pubblico ministero non sia un giudice nè una parte: lo chiamano «organo di giustizia» e così si illudono d'aver risolto il problema, come se il perseguire un fine di giustizia non fosse la caratteristica di ogni parte pubblica. Inoltre, accade talvolta che, dopo un simulacro di dibattimento, si decida in base al puro e semplice rapporto di polizia; e se qui si può parlare d'una prassi *contra legem*, in molti altri casi il difetto sta nelle norme: se ne rende conto chiunque legga l'art. 463 (non vorrei essere frainteso: poiché le operazioni preistruttorie sono intese a raccogliere la

materia del processo, è ovvio che nel dibattimento se ne parli; ma altro è escutere l'ufficiale di polizia, altro leggere i verbali che egli ha compilato e, per di più, considerarli come il veicolo di una prova privilegiata).

5. DUE MODI D'INTENDERE L'ISTRUZIONE.

L'assetto attuale non è il migliore fra i possibili. Su per giù tutti lo ammettono, salvo dissentire nell'indicazione dei rimedi; ma le formule sono spesso ambigue e ciò nuoce al costrutto della disputa. Molti proclamano la necessità di un procedimento preliminare - costituente parte integrante del processo - nel quale si compiano tutti gli atti necessari alla formazione delle prove (sicché il giudice del dibattimento possa tenerne conto ai fini della decisione). Questo schieramento d'opinioni nasconde però una frattura: alcuni danno per certo, magari senza dirlo, che debba essere mantenuto il segreto, a parte singole eccezioni, mentre quella vagheggiata dagli altri è un'istruzione condotta in contraddittorio dal principio alla fine. Per i primi tutto si riduce a un ritocco da apportare qua e là, fermo restando il principio (ricco di contraddizioni) su cui è oggi impostato il rapporto tra procedimento preliminare e dibattimento. Gli assertori dell'istruzione in contraddittorio propongono invece una riforma radicale, e si capisce che la differenza non è insignificante.

È in gioco il modo d'intendere il processo: o si tiene per fermo che convenga escludere le parti private dalla formazione delle prove (nel procedimento preliminare), e allora, a parte la differenza negli strumenti, si rimane ancorati al modello della più cruda inquisizione; oppure si ritiene conforme a un'esigenza di civiltà che la materia della decisione sia costruita coralmemente dai protagonisti del giudizio; e chi ragiona in tali termini, rifiuta l'idea di un processo nel quale vi siano zone d'ombra. La radice del contrasto è ideologica (per quanto si possa addurre anche un argomento tecnico a favore della seconda opinione: ormai è comunemente ammessa l'importanza di un effettivo contraddittorio ai fini del buon risultato del processo) e le ideologie, come tutti sanno, non si lasciano discutere. Non è quindi il caso d'indugiare sull'argomento; meglio dire

che l'ordine d'idee qui seguito procede da una scelta e cioè dalla premessa che sia moralmente doveroso adoperarsi per l'avvento d'un processo concepito come dialogo di tre persone. Se gli ordinamenti giudiziari rappresentano il sintomo di una civiltà, in tempi quali sono i nostri sembra necessario promuovere con ogni mezzo un virile sentimento d'indipendenza della persona. D'ora in poi l'esigenza del contraddittorio sarà postulata a titolo d'assioma: ovvio che le conclusioni non piacciono a chi dissente dall'enunciato primitivo.

6. ISTRUZIONE IN CONTRADDITTORIO?

È un'idea attraente quella di un procedimento preliminare in cui il contraddittorio sia praticato sino in fondo. Il pubblico ministero instaura il processo con una domanda diretta al giudice istruttore il quale, con la partecipazione dei contendenti, ricerca e forma le prove; poi si decide se le premesse acquisite siano tali da giustificare la celebrazione del dibattimento. L'interesse delle parti private sarebbe tutelato nella misura dell'*optimum*. Tuttavia, la proposta incorre in qualche obiezione. Un codice di procedura penale è un meccanismo di precisione, nel costruire il quale conviene tenere conto delle condizioni d'ambiente; inoltre, è saggio proporsi il massimo risultato con il minimo dispendio di mezzi: la moltiplicazione superflua degli enti è un difetto così in filosofia come nel processo. Chiediamoci se lo schema del quale si ragiona risponda a tali requisiti. In primo luogo, si ha l'impressione che spiri aria d'utopia. Si vuole un'istruzione condotta in contraddittorio: il che, rispetto ad alcuni atti, non costituirebbe una novità; ma si vuole un contraddittorio senza limiti, che investa anche le testimonianze, le quali costituiscono l'esemplare di prova a cui il giudice penale ricorre con maggior frequenza. Il codice vigente vieta al difensore d'assistere a tali atti, secondo una direttiva comune agli ordinamenti continentali, e la ragione del segreto sta nel timore (non ingiustificato) che una divulgazione prematura dei primi risultati (da cui spesso emerge la traccia per le ulteriori indagini) nuoccia al fine del processo. Non vi sarebbero motivi d'allarme in un ambiente in cui il sentimento di giustizia fosse radicato a tal segno da soverchiare ogni altro impulso, ivi incluso l'istinto di conservazione; ma sembra

ingenuo costruire il processo sull'ipotesi di una perfezione sovrumana di quanti vi si muovono. La realtà, è facile previsione, prevarrebbe sull'utopia.

Da un punto di vista strettamente tecnico si possono addurre altre obiezioni. Lo sdoppiamento del processo in due fasi consecutive si giustifica in quanto gli atti probatori della seconda differiscano in qualche modo dai precedenti; così, nel codice vigente l'istruzione dibattimentale si distingue da quella esperita nel procedimento preliminare per il fatto d'essere condotta in contraddittorio: dapprima i testimoni sono interrogati in segreto; poi li si escute in presenza delle parti. Se non vi fosse questa differenza, la seconda operazione equivarrebbe a un *bis in idem*, della cui utilità è lecito dubitare, ovvio essendo che il valore di una prova non si accresce con la ripetizione dell'atto acquisitivo. Nemmeno si può ridurre il dibattimento alla discussione dei verbali istruttori ed alla disputa sulle questioni di diritto (ciò che avviene nell'udienza collegiale del processo civile): a quanto consta, nessuno nutre nostalgia per i tempi nei quali il giudice decideva in base alle dichiarazioni raccolte dal *notarius*. L'istruzione dibattimentale è il *clou* del processo. Non tanto la si deve conservare, quanto conviene accrescerne l'efficacia, ma il mezzo migliore per ottenere il risultato contrario consiste nell'introdurre una farragine di verbali, ciascuno dei quali costituirebbe il veicolo d'una prova: si suppone infatti che gli atti in essi documentati siano stati compiuti di fronte alle parti. Se si dicesse che quelle assunte nel procedimento istruttorio non sono prove ma semplici indicazioni d'una futura possibilità probatoria, il *distinguo* non persuaderebbe nessuno, e apparirebbe fortemente artificioso: oggi si usa come prova persino il rapporto di polizia; non capisco perché si dovrebbe attribuire un minor valore ai verbali delle testimonianze raccolte in contraddittorio fra le parti.

Si consideri ancora che il giudice quando usa i protocolli del procedimento anteriore, opera su dichiarazioni narrative di seconda mano (l'istruttore riferisce d'aver inteso dal testimone una certa narrazione): codesta dissociazione nuoce all'immediatezza dell'esame (intendendo per tale l'identità fra l'organo che istruisce e quello che decide). Infine, le scritture introdotte nel dibattimento potrebbero suscitare pregiudizi nocivi: d'istinto ci si attende una conferma dalla persona, le cui dichiarazioni sono state raccolte dall'istruttore e

consegnate ad un documento; ogni divergenza induce al sospetto che la seconda versione sia mendace; il precedente esercita un effetto schiacciante, per sfuggire al quale occorre una forza non comune d'astrazione. Insomma, la estensione del contraddittorio al procedimento preliminare risulta in pratica inopportuna, e lascerebbe probabilmente insolute molte delle contraddizioni odierne. Nè sottovaluterei le complicazioni di struttura implicite in una simile riforma. Ci si dovrebbe rassegnare a una durata media dei processi superiore all'attuale, e non so fino a qual punto ciò corrisponda alle attese.

7. L'INCHIESTA PRELIMINARE.

Chi ha seguito il filo del discorso, formula una riflessione: l'assetto attuale lascia scontenti, ma se si cercasse di perfezionarlo, estendendo il contraddittorio agli atti della fase preliminare, nascerrebbero altre difficoltà egualmente serie. Allora ci si chiede se il dilemma non sia per avventura insolubile. E questa è, verosimilmente, la diagnosi esatta, finché si seguono le premesse da cui discendono l'una e l'altra soluzione: si ricorderà che entrambe muovono dall'ipotesi d'un processo a due tempi denominati rispettivamente «istruzione» e «dibattimento». Ma è lecito supporre che, eliminato il primo termine, si riesca ad ottenere un progresso decisivo. Per quanto il rilievo sia lapalissiano, converrà precisare che non si nega l'importanza dell'indagine preliminare: il processo penale è un affare abbastanza serio da richiedere cautela e riflessione. Senonché, quando si parla di istruzione, oggi si allude a un procedimento nel quale sono compiuti atti probatori idonei a determinare il contenuto della decisione. La riforma che si suggerisce consiste nel declassare tali prodromi a un'attività *preprocessuale* di parte: di qui la conseguenza che le informazioni raccolte dal pubblico ministero siano prive d'efficacia probatoria; esse sono lo strumento di cui l'organo dell'accusa si serve per saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda: altra cosa sono le prove, che si formano nel dibattimento secondo la regola del contraddittorio.

In breve, si suppone un processo, il cui primo atto consista in una domanda proposta al giudice: qui sta il punto di rottura con la tradizione. Enunciata sinteticamente, l'idea si espone a facili fraintendi-

menti. In particolare, ci si deve rassegnare a obiezioni di questo genere: non si può sacrificare l'obbligatorietà dell'azione; un procedimento preliminare dal quale sia escluso il giudice, viola la regola dell'imparzialità; l'intervento del giudice è necessario al fine di stabilire se l'imputato debba o meno essere assoggettato al dibattimento; il processo accusatorio è economicamente gravoso per l'imputato; non conviene accordare al pubblico ministero il potere di ritrattare l'accusa; tolti di mezzo i verbali istruttori, le alee del dibattimento si moltiplicano; l'istruzione dibattimentale diverrebbe assai più complessa di quanto sia ora; non è opportuno sottrarre al giudice il potere d'iniziativa probatoria. Sono rilievi ai quali, tutto sommato, non vale la pena rispondere, giacché (eccettuati quelli la cui confutazione è implicita nel discorso svolto sinora) si riducono a constatazioni assolutamente ovvie, il cui solo difetto consiste nel prendere a bersaglio un processo che non ha nulla a che vedere con quello da me immaginato. Per prevenire divagazioni di questo genere, mi affretto in ogni modo a precisare quale sia il modello di processo accusatorio che ho in mente.

B. DOVERE D'AGIRE E ARCHIVIAZIONE.

Un magistrato è investito del potere d'azione e cioè dispone del processo con la domanda che propone al giudice. Ciò non significa che sia *legibus solutus*, perché il «principio di opportunità» è odioso e non si vuole restaurarlo. Il pubblico ministero deve agire, ogniqualvolta appare probabile l'esistenza d'un reato (nel sistema vigente le cose stanno altrimenti: la probabilità del reato costituisce una condizione del dibattimento, mentre il processo comincia con il primo atto dell'istruzione, ai fini della quale è sufficiente il sospetto di un illecito penale; di qui i limiti naturalmente diversi in cui operano gli istituti dell'archiviazione e della sentenza istruttoria di proscioglimento, la quale non è ovviamente concepibile in un processo privo della cosiddetta istruzione).

Si capisce tuttavia come la domanda debba essere preceduta da iniziative intese a scoprire se vi sia materia per un processo, le quali presuppongono almeno il sospetto di un reato. Il primo seme è dunque costituito da una *notitia criminis*, di fronte alla quale il pubblico ministero non può esimersi dal prendere posizione. È possibile che l'assunto

appaia manifestamente falso ovvero che non riceva alcuna conferma dai risultati delle indagini di polizia giudiziaria. In casi del genere non si profila un dovere d'agire; ma se tutto si riducesse a una valutazione sovrana dell'attore, per questa breccia potrebbe insinuarsi quel «principio di opportunità» che stona con le direttive d'uno Stato di diritto. Perciò si vuole che l'inazione del pubblico ministero sia autorizzata, nel significato che la parola assume nel lessico giuridico. Oggi il provvedimento autorizzativo è emesso dal giudice istruttore: il che ha suggerito l'idea - difficilmente sostenibile - d'una pronuncia a contenuto giurisdizionale. Senonché, in linea d'architettura concettuale e anche di convenienza pratica, sembra preferibile distinguere nettamente le sfere dell'azione e della decisione, attribuendo la prima al pubblico ministero, mentre l'istituto attuale implica l'apertura dell'istruzione formale ogniqualvolta la richiesta d'archiviare non sia accolta. Occorre escogitare un regime diverso, che con qualche adattamento potrebbe essere quello anteriore alla riforma del 1944: il procuratore della Repubblica dispone «di non doversi promuovere l'azione penale» e trasmette il relativo decreto al procuratore generale presso la corte d'appello, il quale può richiedere gli atti e provvedere direttamente all'inchiesta preliminare.

Sembra meno felice la soluzione proposta nell'art. 81 del progetto Carnelutti, che contempla un'opposizione della parte lesa avverso il decreto del procuratore della Repubblica entro cinque giorni dalla notificazione del provvedimento. Talvolta manca una parte lesa; inoltre l'eventuale inerzia di quest'ultima non è ragione sufficiente per ritenere legittima la condotta passiva del pubblico ministero: l'interesse in gioco è tale da far preferire il meccanismo automatico di un controllo gerarchico. Perciò riterrei necessario un provvedimento autorizzativo esplicito concesso caso per caso. Supponiamo che l'offeso dall'asserito reato dissenta e ritenga necessario il processo. Nulla vieta di reiterare la *notitia criminis*, giacché il provvedimento del procuratore generale non spiega effetti preclusivi; ma potrebbe darsi che le successive *notitiae* incappassero nella stessa sorte della prima, nel qual caso non parrebbe giusto lasciare la parte lesa sprovvista d'ogni tutela. Le soluzioni pensabili sono due. La prima, che si risolve nel concedere un potere d'azione privata, urta in qualche obiezione (gli strumenti del processo penale diverrebbero micidiali, se fossero lasciati nelle mani degli spiriti bizzarri). L'altra non presenta alcun inconveniente: un procedimento -

simile al *Klageerzwingungsverfahren* del codice tedesco - nel quale l'offeso invochi dal giudice l'accertamento del dovere del pubblico ministero d'esercitare l'azione: accolta la domanda, l'eventuale ulteriore inazione diviene illegittima con la conseguente responsabilità sotto il profilo dell'omissione di un atto d'ufficio.

9. L'IMPUTAZIONE.

Consideriamo il caso inverso: il pubblico ministero, ricevuta la *Notitia criminis*, non la ritiene palesemente infondata e promuove l'inchiesta preliminare: qui si raccolgono le prove reali e le informazioni necessarie a stabilire se il sospetto giustifichi la proposizione d'una domanda. Quanto al primo punto, è ovvio che l'inquirente disponga dei poteri di coercizione reale e personale, il cui esercizio corrisponde agli atti denominati «sequestro», «perquisizione», «ispezione corporale». Non si può invece parlare di iniziative volte a formare le prove, perché atti del genere rientrano nell'investitura del giudice e appartengono al dibattimento (con le eccezioni che si vedranno tra breve). In particolare, quelle rese al pubblico ministero non sono testimonianze ma semplici informazioni, il cui uso nel dibattimento ubbidisce alla regola che sarà illustrata nella sede opportuna. L'organo dell'accusa non può formare unilateralmente le prove: ma non è neppure il caso di lasciarlo disarmato in questo preambolo: ciò implica il potere d'ordinare la comparizione della persona nei cui confronti s'indaga, e di ogni altra che sia informata intorno all'ipotetico reato.

Denomino «imputazione» l'atto recettizio con cui il pubblico ministero attribuisce l'asserito reato a una data persona: siffatta comunicazione costituisce un requisito d'ammissibilità dell'eventuale domanda di dibattimento. È, altrettanto ovvio che all'incolpato debba essere offerta la possibilità di difendersi: al che si provvede con l'interrogatorio. L'ordine di comparire è coercibile, ma all'imputato non incombe l'obbligo di rispondere all'interrogazione. Inoltre - e qui emerge un'altra deviazione dal sistema attuale - si consente all'interrogato l'assistenza di un difensore: misura coerente alla fisionomia dell'inchiesta preliminare, che non serve a formare le prove ma a sondare le prospettive dell'eventuale istruzione dibattimentale; si postula, infatti, che le dichiarazioni rese in tale sede siano prive di attitudine probatoria. La presenza del

difensore sembra necessaria anche per altre ragioni: si sono segnalati i pericoli di un preludio al processo in cui l'imputato si trovi solo di fronte all'organo inquirente, e al contrario si è elogiato l'ordinamento vigente nel quale, a quanto si assume, la presenza di un istruttore imparziale servirebbe egualmente alle esigenze dell'accusa e della difesa e così allevierebbe il cittadino da un onere assai gravoso. A parte l'ottimismo forzato di quest'ultimo rilievo, si potrebbe rispondere con una domanda: c'è una ragione seria per temere che il pubblico ministero agisca meno disinteressatamente di quanto avviene nell'istruzione sommaria? In ogni modo, il problema sarebbe risolto in radice se nel dialogo tra accusatore e accusato fosse ammesso l'intervento del difensore, il quale, indicando le tracce dell'innocenza, potrebbe utilmente contribuire all'inchiesta. Dò per pacifico che nel caso dell'interrogatorio il pubblico ministero non sia tenuto a svelare le fonti probatorie eventualmente utilizzabili ai fini dell'accusa: in questa materia conviene lasciare la scelta all'interrogante, che si trova nelle condizioni migliori per valutare se sia preferibile un discorso aperto o un riserbo ermetico. L'imputazione e l'interrogatorio dell'imputato (ovvero l'emissione di un ordine di comparire inadempito) costituiscono ovviamente requisiti di ammissibilità della domanda di dibattimento, sicché l'omissione dell'una o dell'altro importa l'invalidità del primo atto del processo.

I terzi informati dei fatti sui quali s'indaga sono obbligati a rispondere alle interrogazioni del pubblico ministero, eccettuati i casi d'esonero dalla testimonianza. È assai dubbio invece se convenga imporre un obbligo di risposta veritiera: una misura del genere, necessaria nel sistema attuale (nel quale le deposizioni raccolte dall'istruttore sono valutabili ai fini del decidere), non s'inquadra nella logica del processo del quale si ragiona; in sede pratica vi è poi il rischio di stimolare nel testimone una cieca fedeltà alle prime dichiarazioni, vere o false che siano. Può causare un certo disagio l'ipotesi dell'obbligo di rispondere disgiunto da quello di dare risposte veridiche, ma, a ben guardare, l'uno può sussistere senza l'altro. Il primo si giustifica con la *servitus justitiae*, che incombe ad ogni cittadino; quanto alla dichiarazione mendace, il fatto che essa sfugga alle sanzioni previste per la falsa testimonianza (appunto perché, prima del processo, non si può parlare d'una testimonianza) non esclude una responsabilità penale per altro titolo: la prima figura che viene in mente è quella del favoreggiamento personale.

Non vedo alcun serio motivo per sottrarre al pubblico ministero i poteri di coercizione personale corrispondenti alle figure del fermo e dell'arresto. Trattandosi di iniziative di parte, occorre tuttavia controllare se siano legittime; il qual fine si consegue nel migliore dei modi con un istituto già previsto nel nostro ordinamento: qualora il provvedimento non sia convalidato dal giudice entro un dato termine, si avvera una condizione risolutiva *ex lege* (la novità consiste nel trasferire all'organo giurisdizionale quel potere di convalida che oggi compete al procuratore della Repubblica, in ordine ai provvedimenti di polizia restrittivi della libertà personale). La decisione sulla convalida (naturalmente passibile di gravame) appartiene al contesto di un incidente contenzioso, nel quale vale la regola del contraddittorio: la pronuncia affermativa presuppone che gli argomenti addotti facciano apparire probabile l'esistenza del reato. Per la completezza del sistema occorrono due altre condizioni: un termine entro il quale le misure restrittive della libertà si risolvano *ope legis*, qualora l'inchiesta preliminare non si sia conclusa, e la rinuncia al criterio rigidamente automatico in base al quale oggi si distingue fra cattura obbligatoria e facoltativa. La possibilità di scelta fra più misure cautelari variamente graduate attenua il costo della custodia preventiva, senza un apprezzabile sacrificio delle esigenze di cautela.

Di un incidente «giurisdizionale» (uso l'aggettivo in contrapposto al carattere «privato»¹ dell'istruzione svolta dal pubblico ministero) si è parlato a proposito della convalida dei provvedimenti relativi alla libertà personale. Al medesimo espediente si può ricorrere ogniqualvolta sia necessario compiere un atto destinato a valere nell'eventuale processo; ed è superfluo dire che in

¹ L'esperienza ha poi dimostrato come l'aggettivo si presti ai fraintendimenti. Qui esso non significa che l'attività del pubblico ministero sia *legibus soluta*, ma vuol soltanto sottolineare l'inidoneità probatoria delle iniziative unilaterali di parte. *Infra*, IX, §§ 13 e 14.

ciascuno di tali casi occorre rispettare il contraddittorio. Vengono in mente le testimonianze che il nostro codice definisce «a futura memoria», ma vi è da chiedersi se non valga la pena seguire un analogo rito rispetto a certe categorie di atti che, se fossero compiuti o reiterati nel dibattimento, apporterebbero sensibili complicazioni oppure risulterebbero meno utili.

Si allude in primo luogo alla perizia, la cui disciplina nel progetto Carnelutti patisce d'una lacuna. Dire «perito» (nel qual caso l'ausiliare del giudice è contrapposto ai consulenti delle parti) o «consulente» è, tutto sommato, questione di parole: entrambe le formule designano colui che «assiste il giudice oppure le parti nella percezione e nella valutazione dei fatti, quando ciò richiede l'impiego di cognizioni tecniche estranee al diritto». Si sa che codesta indagine spesso richiede operazioni laboriose, che sarebbe inopportuno differire al dibattimento. A parte la questione d'economia processuale, si deve poi considerare come la soluzione d'un quesito tecnico talvolta sia decisiva ai fini dello stabilire se l'imputato debba essere giudicato; qui sembra necessario un «incidente d'istruzione»: il pubblico ministero invoca dal giudice del reato la nomina di un perito (o d'un consulente d'ufficio che dir si voglia); poiché l'operazione ricade nella sfera del contraddittorio, così l'organo dell'accusa come l'imputato possono farsi assistere da un consulente. A questo modo si raggiunge il dibattimento con un risultato acquisito, che fornisce al giudice le premesse per decidere. Potrebbe anche darsi che il responso risultasse insufficiente o che la necessità di un'indagine tecnica emergesse soltanto nel dibattimento: ma di codeste ipotesi si discorrerà nella sede appropriata. Vi è poi il caso delle ricognizioni, le quali sono in certo qual modo irripetibili, per l'ovvia ragione che la seconda volta riescono meno spontanee di quanto siano state la prima: l'enunciato affermativo o negativo non è scindibile da un vario contesto di atteggiamenti espressivi; ogni traccia può risultare decisiva sotto il profilo del giudizio di veridicità, senza contare che il valore della dichiarazione è condizionato al rispetto di una complessa *mise en scène*. Anche qui sembra preferibile seguire il rito degli incidenti d'istruzione e cioè provocare l'intervento del giudice. Inutile soggiungere che la ricognizione eseguita in modo eterodosso costituisce pur sempre un fatto storico, del quale non si può ignorare l'esistenza; nulla pertanto vieta

d'usare nel dibattimento la testimonianza di colui che l'ha compiuta; ma questo è l'unico canale per il quale la si possa introdurre nella materia del processo.

12. CONCLUSIONI DELL'INCHIESTA.

I possibili epiloghi dell'inchiesta preliminare sono una conclusione negativa e una positiva. Nel primo caso il pubblico ministero ricorre all'archiviazione, della quale si è parlato a tempo debito. Si rammenti che siamo in una fase prodromica, nella quale il processo non è stato ancora instaurato: perciò non è possibile un equivalente del proscioglimento istruttorio. Si dirà che la sentenza del giudice istruttore, a differenza dell'archiviazione, produce un sia pur limitato effetto preclusivo, in quanto impedisce un riassoggettamento al processo in base alle medesime prove. Il rilievo è esatto, ma l'inconveniente non è così grave che si debba rinunciare alla pregevole semplicità della soluzione proposta. L'ipotesi inversa è rappresentata dall'atto con cui il pubblico ministero formula l'accusa (nel progetto Carnelutti si dice «imputazione definitiva»). Intendo per tale una domanda, rivolta al giudice del reato, che contiene l'indicazione del nome dell'imputato e l'enunciazione del fatto con il relativo *nomen juris*. Inoltre, il pubblico ministero indica le prove che intende proporre nel dibattimento (rispetto alle prove reali, tutto si riduce a un'enumerazione di cose; quanto alle testimonianze, occorre precisare il nome dei testimoni e il relativo *thema probandi*). Siamo di fronte a un atto recettizio, del quale perciò s'impone la notificazione per copia all'imputato.

Archiviazione o formulazione dell'accusa: *tertium non datur*. Non riterrei conforme al sistema la figura (prevista nel testo originario del progetto Carnelutti e poi soppressa) di un proscioglimento allo stato degli atti pronunciato su istanza dell'imputato, qualora l'inchiesta preliminare non si sia conclusa entro un dato termine. Qui c'è una dissonanza: se l'azione spetta al pubblico ministero e l'inchiesta preliminare non è processo, non v'è ragione d'imporre siffatti limiti. La tutela del cittadino è garantita dalla risoluzione *ipso iure* della custodia preventiva e d'ogni altra forma più tenue di soggezione, per il caso che l'inchiesta preliminare non si sia conclusa entro una data misura.

Formulata l'accusa, il giudice è investito di una domanda, che costituisce il primo atto del processo. Non si vuol dire che l'opinione del pubblico ministero sia imperativa per il giudice, sebbene questa sia la regola vigente in ordine alla richiesta di citazione a giudizio, giacché si possono immaginare situazioni, sia pure improbabili, nelle quali il dibattimento appare superfluo *a priori*. Il migliore rimedio, tuttavia, non consiste in una pubblica udienza preliminare in cui un giudice diverso da quello dinanzi a cui dovrebbe svolgersi l'eventuale dibattimento, nel contraddittorio delle parti, valuti la ricorrenza dei requisiti per la *vocatio in iudicium*. Codesto prologo complicherebbe l'architettura del processo, che per aspirazione unanime si vuol ridurre alla massima semplicità compatibile con l'esigenza d'una cognizione approfondita. Inoltre, è lecito dubitare dell'efficacia dell'espedito, se si ritiene che il vaglio debba compiersi nella forma di un giudizio in ipotesi (la premessa è necessaria alla coerenza del sistema): una valutazione *in jure*, sul presupposto che il fatto enunciato nell'accusa sia accaduto, e un giudizio storico altrettanto ipotetico, con cui si stabilisce se le prove esibite e quelle preannunciate dal pubblico ministero siano tali da fare apparire probabile l'esistenza del fatto attribuito all'imputato; in altre parole, si saggerebbe la *rilevanza*, non il valore in termini di verità, delle prove. Si consideri anche che la pubblicità dell'udienza frustrerebbe in larga misura il fine per il quale si vuol introdurre codesta cognizione preliminare.

Una soluzione felice è suggerita dall'art. 108-bis del progetto Carnelutti. Il giudice investito della domanda, qualora la reputi manifestamente infondata (sotto il profilo della irrilevanza giuridica dell'ipotetico fatto ovvero dell'inidoneità delle prove offerte, misurata secondo il metro di cui si è parlato), proscioglie l'imputato *ex officio*: qualcosa di simile a quanto stabilisce l'art. 421 il quale peraltro contempla un proscioglimento limitato ad alcune ipotesi. Ho detto «proscioglimento», anziché «rigetto della richiesta con decreto motivato» (questa la dizione del progetto Carnelutti), perché la prima formula si fa preferire: la parola «decreto» evoca la figura d'un provvedimento di giurisdizione volontaria, mentre la pronuncia *de qua* spiega un effetto incondizionatamente preclusivo

quanto al valore giuridico dell'ipotetico fatto e, in ogni modo, preclude il riassoggettamento a processo del prosciolto, finché non si adducano nuove prove (condizione analoga a quella prevista oggi per la riapertura dell'istruzione). Il gravame del pubblico ministero non riveste quindi la forma del «reclamo» ma quella delle impugnazioni ordinarie (appello, ricorso per cassazione): ciò che avviene nei casi contemplati dall'art. 421. Si è ragionato del proscioglimento *ex officio*. Ma si suppone che all'imputato competa il potere di provocare una decisione sul predetto tema: in tal caso è inscenato un incidente, al quale si addice la disciplina dei procedimenti in camera di consiglio; l'eventuale pronuncia negativa è emessa *sub specie* d'un decreto insuscettibile di reclamo (sono trasparenti le ragioni che inducono a trattare diversamente l'ipotesi del proscioglimento e quella d'una reiezione dell'istanza proposta dall'imputato).

Qualora non debba prosciogliere *illico*, il giudice fissa l'udienza e ordina la notificazione del relativo decreto: la regola del contraddittorio vuole che entro un dato termine l'imputato e le altre parti private indichino al giudice le prove delle quali intendono valersi nel dibattimento, e invochino la relativa pronuncia d'ammissione.

Non accoglierei integralmente, invece, la soluzione suggerita nell'art. 115 del progetto Carnelutti in ordine alla «proposta delle eccezioni preliminari». Le questioni di competenza per territorio è opportuno che siano proposte entro un termine fissato a pena di decadenza, ma non vedo come si possano regolare nel medesimo modo l'incompetenza per materia e il difetto di giurisdizione. Inoltre, sembra eccessiva la formula del secondo comma, in cui si prevede che il giudice, se non ritiene manifestamente infondate le predette questioni e quelle concernenti la nullità degli atti processuali, investa dell'incidente la Corte di cassazione, al fine di provocare una pronuncia vincolante i giudici inferiori. Quanto alle nullità, un tal modo di procedere non è il più appropriato, mentre si possono facilmente ammettere i vantaggi di una pronuncia di cassazione provocata *per saltum* sul tema della giurisdizione o della competenza. Non direi tuttavia che il giudice *debba* deferire la questione alla Corte; perché negargli il potere di affermarsi competente o di declinare la competenza, quando egli ritiene che vi siano le premesse per decidere in tal modo? Non tanto imporrei quanto consentirei al giudice di sollevare l'incidente.

Si è parlato dell'inchiesta preliminare, la cui sequela si svolge tra due poli: l'imputazione e l'accusa. La seconda segna l'inizio del processo e introduce un procedimento preliminare al dibattimento, che si conclude con la *vocatio in iudicium* ovvero con il proscioglimento in camera di consiglio. Questa è la figura tipica, accanto alla quale è discernibile un'altra meno complessa: è possibile che il pubblico ministero ritenga superflua l'inchiesta preliminare e proponga senz'altro l'accusa (la formula corrispondente, nella nomenclatura del codice vigente, è «giudizio direttissimo»); il processo, cioè, si esaurisce davvero nell'unità di misura del dibattimento, al quale si perviene *ex abrupto*. È appena il caso di soggiungere che i limiti di applicazione di un simile istituto dovrebbero essere più ampi di quanto siano ora. Ed ecco un interrogativo interessante: sino a qual punto sia compatibile con il sistema l'ammettere che il giudice del dibattimento, ritenendo necessarie le indagini preliminari reputate superflue dal pubblico ministero, chieda a quest'ultimo di procedervi. Tale la soluzione prevista dall'art. 85 del progetto Carnelutti, nel quale sopravvive, in veste naturalmente mutata, la norma dell'art. 504¹. La prima impressione è che non vi sia posto per un istituto del genere: esso presuppone un'istruzione sul tipo dell'odierna ovvero sia un procedimento nel quale si formano le prove. Fuori di quest'ipotesi appare difficilmente comprensibile una *fin de non recevoir* accompagnata dalla richiesta, rivolta al pubblico ministero, di svolgere ulteriori ricerche intese a scovare altre possibilità probatorie. La proposizione della domanda è atto che ubbidisce a una regola precisa: per un verso, la domanda è irrettrabile; per l'altro, essa pone un tema di decisione che in nessun modo può essere eluso. La conclusione potrebbe essere questa: la richiesta del giudizio immediato (nei casi in cui tale rito è ammesso) è imperativa per il giudice; nell'esordio del dibattimento il pubblico ministero formula oralmente l'accusa e indica le prove di cui intende servirsi; ma ciò non esclude un vaglio *in limine* in esito al quale il giudice, senza procedere ad alcuna istruzione, prosciogla in diritto ovvero sotto il profilo dell'irrelevanza delle prove esibite e di quelle preannunciate (in quest'ultimo caso l'effetto preclusivo, in base alla regola a suo tempo enunciata, vale *rebus sic stantibus* e cioè fino all'istante in cui siano fornite

nuove prove). Qualora l'esame preliminare abbia esito affermativo, si esperisce l'istruzione probatoria, sempre che l'imputato non invochi un termine a difesa (la cui misura minima si suppone fissata tassativamente dalla legge); poi, dato fondo a tutte le possibilità istruttorie, il giudice decide, quali che siano le premesse di cui dispone.

15. LA PARTE CIVILE.

Qui vorrei interpolare un accenno alla parte civile. Le ragioni che inducono a conservarla sono due ed entrambe assai valide: da un lato, vi sono esigenze logiche e politiche che impongono d'accordare un'efficacia extrapenale alla decisione sul reato (mentre s'impone la soppressione di quella figura d'altri tempi, che è l'art. 28 del codice vigente), e ciò implica che si consenta al danneggiato di tutelare i propri interessi in sede penale; dall'altro, la parte lesa è un interlocutore naturale, soprattutto in un processo accusatorio. Accolta tale soluzione, non vedo perché si debba riconoscere la veste di parte all'offeso dal reato, che non abbia proposto la domanda di risarcimento: l'offeso diviene parte, a patto che chieda la condanna civile e così consumi l'azione, come si diceva un tempo. Se alla parte civile si debba accordare il potere d'impugnare la sentenza di proscioglimento, è un serio interrogativo al quale non sarei alieno dal rispondere affermativamente. In sede puramente logica il problema non è facilmente risolvibile, giacché gli argomenti addotti in un senso e nell'altro si elidono: si potrebbe dire che l'impugnazione suppone il potere di disporre del processo penale; ma sarebbe ragionevole obiettare che, nell'ipotesi di assoluzione dell'imputato, la parte civile è soccombente: ora, ammessa la legittimazione a chiedere la condanna al risarcimento nel processo penale, sembra giusto che l'attore sia investito del potere di provocare un ulteriore grado di giudizio.

16. LE PROVE NEL DIBATTIMENTO.

Il centro di gravitazione del processo cade nel dibattimento, il cui ciclo si svolge in tre momenti: un esordio, in cui il pubblico ministero espone il fatto costituente oggetto dell'accusa e le prove di

cui si varrà per dimostrarlo, l'istruzione probatoria e infine la discussione. Dei tre tempi il secondo riveste un'importanza fondamentale, ma non si sottovaluti il primo, che contiene qualcosa di più di un prologo oratorio: la funzione del processo si snatura a misura che il dialogo decade e dove il contraddittorio si affievolisce, bisogna attizzarlo artificialmente.

Si diceva che l'istruzione dibattimentale costituisce il nocciolo del dibattimento; ed è altrettanto ovvio che delle due operazioni, in cui essa approssimativamente si scinde (esibizione delle prove reali ed esame dell'imputato e dei testimoni), la seconda rivesta il maggior rilievo. La novità più appariscente rispetto all'assetto odierno consiste nella esclusione² dei verbali in cui il pubblico ministero ha documentato le operazioni dell'inchiesta preliminare (eccettuato il caso delle dichiarazioni rese da persone di cui sia stato assolutamente impossibile procurare la presenza, oltre, s'intende, ai protocolli degli atti compiuti dal giudice in sede d'incidente d'istruzione e con il rispetto del contraddittorio): l'osservatore attento noterà che il rito delle «letture» è la causa principale delle disfunzioni del dibattimento attuale. Quanto alla testimonianza, sono facilmente intuibili i vantaggi dell'interrogazione incrociata, che elimina il diaframma fra la parte e la prova: il testimone è interrogato da colui che ne ha chiesto la citazione e poi dall'avversario, con la possibilità di un ulteriore esame ad opera del primo (il che implica un'eventuale controinterrogazione, qualora nel terzo esperimento siano state rivolte domande relative a fatti diversi da quelli sui quali si è svolto l'esame precedente). Non è raccomandabile un'eccessiva fedeltà al paradigma anglosassone: in particolare, non si pretende che il giudice sia un muto spettatore dell'esperimento probatorio; nel corso dell'esame incrociato egli interloquisce ogniqualvolta ne ravvisi la necessità e, esaurita l'escussione ad opera delle parti, rivolge le domande che reputa opportune. Il tema dell'interrogazione comprende ogni circostanza idonea a misurare la veridicità dell'interrogato (la regola è enunciata a tutte lettere già nel codice attuale), entro il limite segnato

² Esclusione dei verbali in quanto strumenti di prova. Altra questione è se non convenga renderli «comuni», affinché tutti i protagonisti del processo possano usarli come traccia per l'interrogazione del testimone e criterio di apprezzamento delle risposte. In senso affermativo *infra*, IX, § 14.

dalle effettive esigenze del processo e dal rispetto dovuto alla persona. Il problema non è tanto di norme quanto di costume. Perciò ci si attende dal giudice un uso severo dei poteri che gli competono: atterrire il testimone con la propalazione gratuita di episodi di vita privata è espediente che nuoce alla ricerca della verità e scredita il dibattimento. Il processo accusatorio, come ogni istituto sociale basato sull'indipendenza e sulla libertà della persona, postula operatori di buona tempra.

C'è un punto sul quale conviene fissare l'attenzione. Chi non lo afferra si lascia sfuggire la chiave per comprendere il meccanismo dell'istruzione: alludo all'eventuale divario fra le dichiarazioni formulate nel dibattimento e quelle rese nell'inchiesta preliminare. I fatti documentati nel verbale non sono fonti di prova ma un semplice precedente storico, che la parte verosimilmente contesterà al testimone, il quale non può sfuggire alla stretta negando d'aver reso quelle dichiarazioni, giacché si suppone che abbia sottoscritto il verbale: deve perciò rendere conto della contraddizione in cui è incorso. Ecco uno strumento di grande efficacia nelle mani di chi lo sa usare. Il testimone sta inerme di fronte all'interrogante, alle controparti, al giudice ed al pubblico: non c'è una sola sillaba che vada perduta; si soppesa ogni atteggiamento espressivo: ecco la vera oralità. Chiunque può misurare il distacco fra un simile modello ed un processo sommerso dal diluvio delle scritture. Perché il concetto risulti chiaro, immaginiamo un caso limite: nell'inchiesta preliminare il testimone ha narrato d'aver percepito un certo fatto, e ora si smentisce. Gli si chiede conto della contraddizione. Supponiamo che lo faccia maldestramente, suscitando il sospetto che la versione veridica fosse la prima. Il giudice non gli crede e perciò ignora la testimonianza ma non può valersi (ai fini del decidere) della dichiarazione anteriore, la quale, essendo stata resa privatamente a una parte, non costituisce una prova.

Insomma, le informazioni, ottenute dal pubblico ministero nell'inchiesta preliminare e riecheggiate dall'esame incrociato, valgono in questo preciso limite: sono un mezzo per saggiare la veridicità dell'interrogato. Non si può andare oltre senza rinnegare la premessa. Se per un istante si pensasse d'usare come prova una voce captata fuori del contraddittorio, il sistema andrebbe in frantumi (e allora riterrei di gran lunga preferibile l'istituto del giudice

istruttore, che in linea generale fornisce garanzie di maggiore imparzialità). L'inchiesta preliminare di parte *presuppone* l'inefficienza processuale delle informazioni che vi sono raccolte: gli atti compiuti lontano dal giudice e senza contraddittorio non sono prove. Ciò non significa, è appena il caso d'avvertirlo, che si debbano escludere persino le testimonianze *de auditu*³ secondo la direttiva drastica che vige presso gli anglosassoni. Anche queste sono testimonianze, la cui ammissibilità è fuori disputa: soltanto, è lecito attendersi che il giudice le valuti con maggiore rigore e, in quanto sia possibile, si procuri la deposizione di colui del quale sono riferite le parole.

Quanto alle perquisizioni, ai sequestri e simili, l'unico modo per rievocare nel processo le circostanze in cui l'operazione si è svolta consiste nell'acquisire le testimonianze dei funzionari che vi hanno proceduto (escluso il caso dell'impossibilità fisica di comparire, nel quale appare necessario il ricorso al verbale). Dovrebbe essere ormai chiaro che l'ordine d'idee qui seguito non tanto non esclude quanto postula nel giudice quegli stessi poteri d'iniziativa probatoria che gli competono ora. Nè converrebbe limitare in un qualsivoglia modo il potere delle parti di addurre nuove prove nel corso del dibattimento, salva sempre la valutazione di ammissibilità: ovvio che di fronte ad ogni fatto nuovo si debbano concedere adeguati termini a difesa, perché così vuole la legge del contraddittorio. Infine, ammesso che sorga la necessità d'una perizia e che la relativa indagine non sia facilmente esperibile, l'unico rimedio consiste nel sospendere il dibattimento: per intuibili ragioni non si può usare l'istituto previsto nell'art. 456.

17. LA MODIFICAZIONE DELL'ACCUSA.

Ci si chiede in quali limiti il pubblico ministero possa modificare l'accusa nel corso del dibattimento. Non trasporrei tale e quale la soluzione accolta dall'art. 445: per un verso,

³ Anche qui sono fioriti gli equivoci, a dissipare i quali sono intese le osservazioni svolte *infra*, IX, §§ 19 e 20.

codesta formula - intesa *ad litteram* - estende a dismisura l'area dell'accusa suppletiva quanto all'ipotesi del reato concorrente (ciò costringe la dottrina a un'interpretazione restrittiva con cui si intende la dizione «reato concorrente» come sinonimo di «concorso formale eterogeneo»); per l'altro, esclude ogni rilevanza a un'eventuale accettazione del contraddittorio, di fronte a modificazioni dell'accusa esorbitanti da quei limiti. L'esclusione si giustifica nel sistema attuale ma non sarebbe altrettanto logica in quello che si immagina: voglio dire che in un processo accusatorio non vi è ragione per negare all'imputato, in questa materia, un certo qual potere dispositivo. La regola potrebbe essere formulata così: il pubblico ministero può contestare nel dibattimento circostanze aggravanti o altri reati che si trovino con quello già contestato in un rapporto di continuazione ovvero siano integrati dal medesimo fatto formante oggetto dell'accusa; non sono ammesse altre modificazioni nemmeno se concernono il puro profilo storico del reato contestato (tempo, luogo, strumento, oggetto materiale dell'azione criminosa), sempre che l'imputato non dichiari d'accettare il contraddittorio.

18. REGOLE DELLA DECISIONE.

Ora si profilano i problemi della decisione, i cui profili essenziali sono questi, cominciando dalla questione storica per finire con quella giuridica. Quanto alla decisione sul tema di fatto, val la pena prescrivere esplicitamente che così il dubbio sull'esistenza degli elementi positivi come quello sull'inesistenza degli elementi negativi della responsabilità, conducano al proscioglimento. La regola si può trarre facilmente dal contesto del codice vigente (in specie dall'art. 479). Ma le idee a questo proposito non collimano e in giurisprudenza, soprattutto, persiste l'opinione che il dubbio sulle cause di giustificazione si risolva a svantaggio dell'imputato: il che suppone una distribuzione del rischio per la prova insufficiente, in analogia a quanto avviene per i fatti impeditivi del processo civile. Si suppone un dubbio causato da un principio di prova (nel progetto Carnelutti si dice «dubbio ragione-

vole», ma l'aggettivo, sul quale consentivo, ora mi pare un po' scialbo; meglio indicare la situazione in base a cui si misura la ragionevolezza del dubbio). In altre parole, non si pensa d'imporre al pubblico ministero l'onere d'una *probatio diabolica* (una dimostrazione, cioè, dell'inesistenza di ogni immaginabile scriminante, causa d'esonazione da pena e così seguitando). Si vuol soltanto evitare che, di fronte a una situazione di legittima difesa (o simili) insufficientemente provata (il che postula almeno un principio di prova), il giudice condanni, sul presupposto - manifestamente incompatibile con le direttive del processo penale - che all'imputato incomba l'onere d'una prova positiva.

Se il fatto è apparso diverso da quello contestato⁴, il giudice dichiara con ordinanza il non luogo a procedere e spetta al pubblico ministero riproporre l'accusa nei nuovi termini. Il potere di decidere non soggiace ad alcun limite (quanto alla scelta del *nomen juris*), salvo quello della competenza. Infine, le decisioni a contenuto processuale (con cui si dichiara che il processo non si sarebbe dovuto instaurare ovvero è viziato da una causa d'invalidità) prevalgono sull'assoluzione, nella cui sfera la priorità spetta alle pronunce comunemente denominate di merito⁵ rispetto al proscioglimento per estinzione del reato. Oggi la materia è infelicemente regolata dall'art. 152². Il meno che si debba pretendere è che il giudice, su richiesta dell'imputato, verifichi il fondamento dell'accusa ed esperisca tutte le iniziative istruttorie necessarie ai fini di un eventuale accertamento negativo del reato. Il problema è praticamente importante in relazione alla ricorrenza ciclica delle amnistie. Imporre il rischio d'una condanna quale prezzo della rinuncia all'amnistia, nell'ipotesi che l'indagine di merito sia approdata a risultati sfavorevoli per l'imputato, è misura suggerita da un calcolo furbesco non degno d'un legislatore civile. Tre formule esauriscono il contenuto di ogni immaginabile decisione negativa della responsabilità: non luogo a procedere, proscioglimento per estinzione del reato e assoluzione. Nell'ambito di quest'ultima

⁴ Supra, § 17.

⁵ Supra, V, § 5.

conviene senz'altro sopprimere la farragine di formule enumerate nell'art. 479: si è detto che le ragioni della decisione assolutoria emergono dalla motivazione, sicché non occorre enunciarle epigrammaticamente nel dispositivo.

19. PROFILI DELLE IMPUGNAZIONI.

I problemi concernenti gli ulteriori gradi del processo sfuggono dalla nostra ricerca: la soluzione non dipende per lo più dall'alternativa «accusa-inquisizione», con le questioni d'ideologia che vi sono implicate ma da considerazioni a carattere strettamente tecnico. Tuttavia, val la pena accennare qualche profilo.

La disciplina odierna dell'appello è manifestamente ambigua: il legislatore ha esitato fra i due modelli del gravame o impugnazione a effetto rescindente incondizionato (qui il giudice *ad quem* decide sull'intero tema dell'accusa, sostituendo in ogni caso la pronuncia impugnata) e dell'impugnazione con cui si deduce questo o quel vizio della sentenza (nel qual caso si pone il dilemma: annullamento della decisione o rigetto della domanda). Se si scegliesse la prima direttiva, l'area della decisione non dovrebbe essere in alcun modo delimitata dagli argomenti addotti dall'appellante (mentre l'art. 515 misura sui «motivi» l'estensione del *thema decidendum*) e, inoltre, non vi sarebbe una vera ragione per mantenere il divieto della *reformatio in pejus*.

Quanto al procedimento di cassazione, che rientra nel paradigma del gravame a effetto rescindente condizionato (una volta si diceva «azione d'impugnativa»), vi è un punto meritevole di riflessione: se convenga tener fermo il principio che vieta alla Corte di risolvere le questioni storiche attinenti al merito. In questa fase non è ovviamente possibile un'istruzione probatoria. Ma si pensi ai casi in cui il giudice di terza istanza, in base all'esame del materiale probatorio già acquisito, sia in grado d'annullare la sentenza impugnata, sostituendola con una pronuncia d'assoluzione. Non capisco perché si debba escludere un simile epilogo. Del resto, il canone tramandato è un idolo da cui la nostra prassi giudiziaria si è largamente emancipata: non è

affatto impossibile un annullamento senza rinvio ex art. 539⁹, in quanto l'innocenza dell'imputato risulti dalle ragioni addotte nella sentenza impugnata⁶.

Si noti che nemmeno ora il *visus* è limitato alle espressioni letterarie che formano la motivazione della sentenza impugnata: se in quest'ultima si parlasse di una prova che non figura in atti, o si intendesse una testimonianza nel significato esattamente contrario a quanto risulta dal verbale di dibattimento, la Corte annullerebbe (sia pure con rinvio); e l'annullamento che altro presuppone se non un'ispezione delle fonti probatorie acquisite al processo? Insomma, la portata rivoluzionaria dell'eventuale riforma sarebbe assai minore di quanto si possa credere; il risultato consisterebbe nel limitare l'annullamento con rinvio ai casi in cui è effettivamente necessario (ad esempio, quando occorre acquisire ulteriori prove), con notevole vantaggio per l'economia del processo.

Un argomento di estremo interesse è la riparazione pecuniaria degli errori giudiziari, oggi concessa nella misura notoriamente avara in cui si ammette la revisione. Si consideri il caso della persona condannata in prima istanza e assolta, *in base alle stesse prove*, in secondo o terzo grado. Ecco un errore che si sarebbe potuto evitare. In tali limiti riterrei conforme a giustizia accordare una riparazione per la custodia preventiva subita (si sarà notato che non rientra nell'ipotesi il caso in cui l'imputato detenuto sia assolto in primo grado).

20. OLTRE IL GIUDICATO.

Chiuso il ciclo delle impugnazioni ordinarie, la sentenza diviene irrevocabile; il che non esclude una nuova decisione sulla *eadem res*, quando ricorrano certi indici d'ingiustizia. Qui nasce un problema molto serio: se convenga accordare la revisione anche *in pejus* e cioè contro una sentenza d'assoluzione. Riesce malagevole riassumere in una formula concisa i motivi per cui siamo assuefatti a considerare l'assoluzione come una chiusura definitiva: quando si dice che il giudicato consuma l'azione, a parte l'immagine pittoresca,

⁶ *Supra*, V, § 14.

non si esce dai limiti di una tautologia. La spiegazione più semplice è questa: l'idea di riassoggettare a processo la persona assolta irrevocabilmente urta contro un radicato quanto diffuso modo di concepire il rapporto fra cittadino e Stato nella sfera della repressione penale. Ora, il rispetto di una sana ideologia è ragione più che sufficiente per mantenere le cose al punto in cui sono. Se è difficile motivare *more geometrico* tale scelta, è molto facile, invece, individuare i pericoli a cui ci esporrebbe la soluzione opposta. In primo luogo, essa muove dalla premessa che il processo penale debba essere architettato secondo gli schemi della giurisdizione volontaria (in quanto l'interesse alla punizione del colpevole prevale sulla certezza della decisione, e così seguitando); e questo è uno *slogan* che, se fosse attuato, scuoterebbe dalle fondamenta una società d'impronta liberale. Si dirà che riflessioni del genere nascono da un concetto pessimistico della pena, la quale al contrario corrisponde all'interesse del colpevole, in quanto ne favorisce la redenzione. Preferisco un savio pessimismo alla ricerca delle chimere; e inoltre l'esperienza storica insegna a diffidare d'ogni tentativo di redimere il prossimo *manu militari*. Non c'è dubbio, invece, che convenga estendere la sfera della revisione a favore del condannato, ma anche qui ci si imbatte in un grave problema pratico. Sembra eccessivo forzare il giudicato ogniqualvolta siano adottati fatti tali che, se fossero stati conosciuti, avrebbero probabilmente determinato una decisione di contenuto diverso, quale che sia la difformità. Ci vuole un limite, che non è agevole tracciare, sicché la formula del futuro legislatore sarà felice nella misura in cui vi saranno state temperate le esigenze di giustizia e di certezza.

27. GLI ATTI PROCESSUALI INVALIDI.

Ho lasciato per ultima una questione piuttosto importante: a qual regime convenga sottoporre gli atti processuali invalidi. I due principi pensabili sono: direttive elastiche, in base alle quali il giudice decida, caso per caso, se la trasgressione d'una norma del processo abbia o meno causato un effettivo pregiudizio, e una costellazione rigida di previsioni legali che escludano ogni apprezzamento discrezionale. La seconda idea (a cui è ispirata la disciplina attuale, il cui assetto è però ingombrato da meccanismi troppo complessi) può

darsi che sia meno attraente della prima ma, in compenso, implica minori rischi⁷. Occorre un trattamento che sia il più semplice tra i possibili. La spina dorsale potrebbe essere costituita dalla distinzione odierna fra nullità assolute e relative; le une rilevabili *ex officio* in ogni stato e grado del processo e le altre *ope exceptionis* in un termine prefisso a pena di decadenza (queste ultime, rigorosamente parlando, non sono nullità: meglio parlare di un potere della parte d'invalidare l'atto). Quanto alle nullità assolute, alcune sfuggono ad ogni sanatoria, esclusa quella che impropriamente si denomina la sanatoria del giudicato (ad esempio, l'incapacità del giudice: l'unico rimedio consiste nel rinnovare il processo invalido); altre, dipendenti dalla trasgressione di norme che tutelano gli interessi di una parte, non vi è ragione perché non siano sanabili attraverso l'acquiescenza esplicita dell'interessato. Dubito che convenga enunciare una regola generale di questo tenore: il giudice può escludere la nullità quando ritiene che, malgrado il vizio, l'atto abbia conseguito il proprio fine. In primo luogo, la formula è vaga e quindi si presta ad applicazioni da cui sarebbe frustrato il cosiddetto principio di tassatività (oggi codificato nell'art. 184); perciò è pericolosa. Ma è anche inutile, giacché i casi di conseguimento del fine - se s'intende plausibilmente questa espressione - sono presto enumerati, ed il miglior partito sarebbe prevederli in modo esplicito (ad esempio, la sanatoria della nullità di una citazione, qualora la parte sia comparsa)⁸. È appena il caso di soggiungere che, staccata dal processo l'inchiesta preliminare, la flora delle questioni di nullità si ridurrebbe sensibilmente.

22. EPILOGO.

È molto importante che, fissata una premessa, se ne deducano le conseguenze, senza indulgere al rumore di formule vuote. Questo è il fine che si prefiggeva la nostra incursione in un immaginario processo accusatorio. Mi auguro che alcuni pregiudizi siano caduti e che il lettore abbia trovato una risposta alle obiezioni

⁷ *Supra*, III, § 2.

⁸ *Supra*, II, § 9 s.

comunemente ripetute. Vorrei aggiungere che, ammessa la necessità d'una riforma, sarebbe espediente infelice attuarla con un ennesimo ordine d'interpolazioni. Quando un codice è, come il nostro, sovraccarico di dissonanze, non ci si può ripromettere un serio progresso da altre manipolazioni, giacché il primo pregio di un sistema è la coerenza. Ciascuno fra i possibili sistemi ha una fisionomia, che può piacere o meno: bisogna quindi scegliere e ai fini della scelta è sufficiente un monosillabo affermativo o negativo; la ricerca del compromesso, dove i compromessi violano la logica, serve soltanto a intorbidare le idee.