

“La Sapienza” ripubblica oggi, a distanza di un trentennio, sotto il titolo *Ideologie del processo penale*, una raccolta di articoli del professore Franco Cordero, ancor oggi di grande importanza scientifica, integrati da alcuni testi di dieci anni or sono dai quali, dice l'Autore, si sente meno distante di quanto non si senta dagli altri.

Noi che di tali problemi siamo digiuni (chi scrive è un biologo molecolare) siamo però anche sazi di tanto aggrovigliarsi di notizie dal fronte giudiziario, di ciò che spesso piace al pubblico: “...bevono tutto purché sia nero, stupido, sanguinolento”, come è detto nel libro di Cordero *Cronaca di una stregoneria moderna*. Sicché, molto spesso, vorremmo saperne di più e trovare nei testi, anche se specifici ma che posseggono il fascino sempre attuale della razionalità e della fantasia intellettuale, spunti di riflessione che depurino il campo dalle formule emotive, incompatibili con un discorso scientifico.

Nei testi che pubblichiamo, dunque, vi è tutta la problematica che viviamo quotidianamente, che scuote le coscienze, la vita delle Istituzioni e lo stesso assetto politico tanto da rimettere in discussione il testo della Costituzione della nostra Repubblica.

Quando il Senato Accademico della “Sapienza” decise di pubblicare questo volume ha voluto, unanime, onorare l'insigne studioso e giurista in occasione del suo settantesimo compleanno, dare un riconoscimento solenne alla sua produzione culturale e alla sua attività di docente, avendo a mente l'attualità dei temi trattati nel libro e il contributo che la Facoltà di Giurisprudenza ha dato e dà al dibattito che impegnerà il Parlamento nei prossimi mesi.

Ma a chi, come Rettore, proponeva al Senato Accademico la pubblicazione del volume e le motivazioni che accompagnavano la proposta, non sfuggiva di certo anche un ricordo personale, anch'esso vecchio di anni, quando, nel 1971, dalle pagine de *L'Espresso*, difendeva Franco Cordero contro chi cercava di imporgli insopportabili limitazioni delle libertà accademiche.

Un riconoscimento dunque e un augurio all'uomo di cultura ma anche a uno spirito libero di cui l'Università italiana sembra aver smarrito l'insopprimibile necessità per potersi difendere dalle interferenze esterne e dai servilismi interni.

Giorgio Tecce

Bibliografia di Franco Cordero

1. *Trattamento penale del correo d'adultera non punibile*, "Giurisprudenza italiana", 1951;
2. *Sulla configurabilità del reato di cui all'art. 393 c.p. nell'esazione violenta d'un credito*, ivi, 1951;
3. *Appunti in tema di violenza sportiva*, ivi, 1951;
4. *Riflessioni sugli artt. 2052 e 2054 c.c.*, ivi, 1952;
5. *Sull'esercizio arbitrario dei cosiddetti diritti potestativi*, ivi, 1952;
6. *Appunti sui concetti di danno e dolo in tema di falso in atto pubblico*, ivi, 1953;
7. *Confisca dei beni, inefficacia de iure degli atti di disposizione e conseguenze della confisca in ordine ai terzi*, ivi, 1954;
8. *Contenuto negoziale dell'intimazione di licenza e procedimento di convalida*, ivi, 1954;
9. *Eccezioni e prove nuove nel giudizio di rinvio*, ivi, 1954;
10. *Sull'efficacia di diritto sostanziale e sul regime di forma dell'intimazione contenuta nella citazione ex art. 657 c.p.c.*, ivi, 1954;
11. *Privilegio speciale sui frutti e sequestro*, ivi, 1955;
12. *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino 1956;
13. *Condanna generica a favore della parte civile e applicazioni improprie dei concetti d'interesse ad agire e legittimazione*, "Rivista di diritto processuale penale", 1957;
14. *Il rimedio alla sentenza contumaciale irregolarmente notificata (rilievi sulla linea di confine tra impugnazione e incidente d'esecuzione)*, ivi, 1957;
15. *Appunti sul concetto di "connessione processuale"*, ivi, 1957;
16. *Osservazioni marginali sulla natura giuridica della pronuncia emessa in sede d'incidente d'esecuzione*, ivi, 1957;
17. *Struttura formale e regime d'impugnazione del provvedimento di diniego dell'amnistia in sede d'incidente d'esecuzione (a proposito degli artt. 578 e 594 c.p.p.)*, ivi, 1957;
18. *L'"inesistenza" della decisione giudiziaria (rilievi in merito a un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, "Rivista italiana di diritto penale", 1957;
19. *Custodia preventiva e criteri di valutazione in tema di libertà provvisoria*, ivi, 1957;
20. *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Giuffrè, Milano 1957;
21. *Riflessioni in tema di nullità assolute*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1958;
22. *Circostanze "generiche" e termine di prescrizione*, ivi, 1958;
23. *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, ivi, 1958;
24. *Digressione sul giudicato in tema d'indulto*, ivi, 1959;
25. *Procedibilità, punibilità, regime di prescrizione del credito da risarcimento*, "Rivista di diritto civile", 1959;
26. *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano 1959;
27. *Prove illecite nel processo penale*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1961;
28. *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, ivi, 1961;
29. *La scarcerazione automatica e un problema di limiti preclusivi*, "Temi", 1961;
30. *Giudizio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1961 (ora *Digesto*, 4<sup>a</sup> ed., vol. V Penale, ivi, 1991);
31. *"Principio di diritto" e pronuncia negativa della Corte costituzionale*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1962;

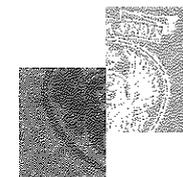
32. *La decisione sul reato estinto*, ivi, 1962;
33. *La riforma dell'istruzione penale*, ivi, 1963;
34. "Note sul procedimento probatorio", "Jus", 1963;
35. *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, ivi, 1963;
36. *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, negli *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Giuffrè, Milano 1963;
37. *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano 1963;
38. *Merito nel diritto processuale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1963 (ora *Digesto*, 4<sup>a</sup> ed., vol. VII Penale, ivi, 1993);
39. *Nomen iuris*, ivi, 1963;
40. *Dialogo sulle prove*, "Jus", 1964;
41. *Linee d'un processo accusatorio*, ivi, 1964;
42. *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due corti*, ivi, 1965;
43. *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano 1966;
44. *Procedura penale*, ivi, 1966 (9<sup>a</sup> ed. 1987);
45. *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, ivi, 1967;
46. *Genus*, De Donato, Bari, 1969;
47. *Il sistema negato. Lutero contro Erasmo*, ivi, 1969;
48. *Risposta a Monsignore*, ivi, 1970;
49. *Trattato di decomposizione*, ivi, 1970;
50. *Le masche*, Rizzoli, Milano 1971;
51. *L'Epistola ai Romani. Fenomenologia del cristianesimo paolino*, Einaudi, Torino 1972;
52. *Opus*, ivi, 1972;
53. *Pavana*, ivi, 1973;
54. *Contributo all'analisi del rito esecratorio*, in AA.VV., *Follia e società segregativa*, Feltrinelli, Milano 1974;
55. *Viene il Re*, Bompiani, Milano 1974;
56. *L'Opera*, ivi, 1975;
57. *Connessione e giudice naturale*, Atti del convegno "Enrico de Nicola", su "Connessione di procedimenti e conflitti di competenza", Giuffrè, Milano 1976;
58. *Passi d'arme*, Giuffrè, Milano, 1976; indi Einaudi, Torino 1979;
59. *Diritto*, nell'*Enciclopedia Einaudi*, IV, Torino, 1978;
60. *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1981;
61. *La fabbrica della peste*, ivi, 1984;
62. *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, ivi, 1985;
63. *Cronaca d'una stregoneria moderna*, ivi, 1985;
64. *I poteri del magistrato*, "Indice penale", 1986;
65. *Stilus Curiae*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1986;
66. *Savonarola. Voce calamitosa 1452-1494*, Laterza, Roma-Bari 1986;
67. *Savonarola. Profeta delle meraviglie 1494-1495*, ivi, 1987;
68. *Savonarola. Demiurgo senza politica 1496-1497*, ivi, 1987;
69. *Savonarola. Agonista perdente 1497-1498*, ivi, 1988;
70. *Introduzione a Manzoni. Storia della colonna infame*. Rizzoli, Milano, 1987;
71. *Strutture d'un codice*, "Indice penale", 1989;
72. *Legalità penale*, nella *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990;
73. *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Torino 1989 (2<sup>a</sup> ed. 1992);
74. *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1991 (3<sup>a</sup> ed. 1995).

Franco Cordero

# IDEOLOGIE DEL PROCESSO PENALE

con un'appendice

*I POTERI DEL MAGISTRATO  
STILUS CURIAE  
STRUTTURE D'UN CODICE  
LEGALITÀ PENALE*



Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Si ringraziano gli Editori *CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani*; *Giuffrè Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.*; *Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani* per aver consentito l'utilizzazione degli articoli del Prof. F. Cordero.

Si ringrazia la Casa Editrice *UTET, Unione Tipografico-Editrice Torinese S.p.A.*, che ha in parte finanziato la stampa di quest'opera dichiarandosi: «lieta ... di partecipare ... alle celebrazioni per uno dei suoi più autorevoli e prestigiosi Autori».

In copertina Foto di A. Giuseppini  
Progetto e copertina a cura di Giacinto Giuliani  
Fotocomposizione e stampa a cura del Centro Stampa d'Ateneo

© Copyright 1997 Università "La Sapienza". Tutti i diritti sono riservati.

ISBN 88-87242-04-6

*Hanno un terzo di secolo i nove testi raccolti nelle «Ideologie del Processo Penale» (Giuffrè, 1966) e tornano quali erano, difetti letterari inclusi, perché ogni ritocco sarebbe sleale: le ripresentazioni esigono una certa crudeltà verso se stessi. I quattro in appendice, vecchi d'una decade, distano meno dai gusti attuali dell'autore.*

## AVVERTENZA

Nel volume sono stati raccolti, in un testo talvolta rielaborato, i seguenti saggi:

1. L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due Corti (Jus, 1965, 275-295).
2. Nullità, sanatorie, vizi innocui (Riv. it. dir. e proc. pen., 1961, 680-732).
3. Nullità per inosservanza del termine e «bisogno di tutela giuridica» (Scuola pos., 1961, 547-555).
4. Dialogo sulle prove (Jus, 1964, 33-41).
5. La decisione sul reato estinto (Riv. it. dir. e proc. pen., 1962, 665-709).
6. «Principio di diritto» e pronuncia negativa della Corte costituzionale (Riv. it. dir. e proc. pen., 1962, 263-276).
7. La riforma dell'istruzione penale (Riv. it. dir. e proc. pen., 1963, 714-725).
8. Linee di un processo accusatorio (Jus, 1964, 137-162, nonché in Criteri direttivi per una riforma del processo penale, 1965, 61-81): relazione discussa nei convegni indetti nel 1964 a Lecce e Bellagio dal Centro nazionale di prevenzione difesa sociale.
9. Il nono saggio che qui compare con il titolo Diatribe sul processo accusatorio, riproduce gli interventi dell'autore nei due predetti convegni (Criteri direttivi, cit., 186-193, 226-229, 355-360, 386-388).

GIUSTIZIA E REGOLARITÀ  
DEL PROCESSO

## I - L'ISTRUZIONE SOMMARIA NEL CONFLITTO TRA LE DUE CORTI

1. LEGGI NATURALI DEL PROCESSO - 2. UN DIFETTO D'ORIGINE - 3. IDEOLOGIA DELL'ISTRUZIONE SOMMARIA. - 4. GLI ZELATORI DELL'ISTRUZIONE SOMMARIA - 5. IL DIFENSORE NELL'ISTRUZIONE - 6. RAGIONI DI UNA DECISIONE - 7. IL PRIMO GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ - 8. IL DINIECO RIBADITO - 9. LA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ - 10. CONSEGUENZE DELLA DICHIARAZIONE D'ILLEGITTIMITÀ - 11. CRITICA DI ALCUNI PRECONCETTI - 12. LE ISTRUZIONI COMPIUTE - 13. REAZIONI E PROSPETTIVE.

### 1. LEGGI NATURALI DEL PROCESSO.

Quando si dice che il processo ubbidisce, come tutti gli strumenti, a certe leggi naturali e cioè indipendenti dal nostro arbitrio, una delle quali prescrive che i protagonisti siano tre (l'accusatore, l'accusato e il giudice), può capitare che l'interlocutore non capisca. Da un procedurista che da qualche anno tesse l'elogio dell'istruzione sommaria, si è udita, ad esempio, quest'affermazione degna d'essere riferita: la formula triadica del processo è soltanto uno *slogan*, giacché le combinazioni possibili sono infinite e il legislatore, come ha costruito la figura dell'istruzione sommaria (dalla quale il terzo protagonista ovvero il giudice è assente), così può escogitarne mille altre con pari titolo di legittimità. *Boutades* del genere esercitano un effetto deprimente e inducono a lasciar cadere il discorso, non essendo concesso di sperare nulla di buono dal sèguito, ma non stupiscono. Saper distinguere gli eterogenei è infatti, malgrado l'apparente semplicità della cosa, un talento abbastanza raro, al quale si contrappongono talvolta l'unità mistica in cui sparisce ogni differenza, e, assai più spesso, i prodotti dell'intelletto fiacco o tortuoso: dimostrazioni da premesse puerili, confusione dei distinti e tentativi di distinguere gli indiscernibili, moltiplicazione inutile dei concetti e cecità di fronte ai pochi veramente necessari, volute discorsive nelle quali, se si tolgono i falsi problemi e qualche luogo comune, non resta più niente.

Senonché le negazioni di un osservatore meno perspicace lasciano il tempo che trovano, soprattutto quando è in gioco un ordine naturale che non si viola impunemente. Con una sufficiente dose di

ipocrisia si può fingere per qualche tempo che l'opera compiuta contro le regole dell'arte sia riuscita prodigiosamente, ma viene presto il momento in cui la realtà salta fuori. Eraclito diceva che, se il sole deviasse dalla sua rotta, le Erinni lo saprebbero colpire; e anche sul processo penale si direbbe che vigili una *Moirà*, a giudicare da una vicenda che ha avuto origine sette lustri or sono, si è complicata in dramma negli ultimi due e soltanto in questi giorni è precipitata allo scioglimento. Alludo all'istruzione sommaria, di cui ora si rievocherà la storia; storia grama a causa di un vizio di origine, sebbene vi sia chi ostinatamente lo nega.

## 2. UN DIFETTO D'ORIGINE.

La denominazione risale al codice del 1913, ma l'istituto, nei termini in cui è disciplinato, trentacinque anni or sono era una novità assoluta lanciata dall'allora nuovo codice. Prevista per i casi nei quali vi sia stata sorpresa in flagranza o l'imputato abbia confessato di aver commesso il reato, e non siano necessari ulteriori atti d'istruzione o comunque «la prova appaia evidente» (art. 389), secondo qualche ottimista essa offre un'alternativa economica all'istruzione formale: agile e spedita l'una quanto macchinosa l'altra. Economia, agilità, speditezza di un genere sospetto, essendo state ottenute per via di amputazione: si consideri l'istruzione formale e si capirà con quale espediente chirurgico se ne è tratta quella sommaria. Poche battute basteranno a descrivere l'archetipo: si voleva che giungessero al dibattimento le sole notizie di reato probabilmente fondate, e allora si è costruito un procedimento preliminare che non saprei definire meglio che con la formula, escogitata dagli scrittori tedeschi, del «processo sul processo»; infatti, qui non si giudica sulla responsabilità penale ma sulla convenienza d'assoggettare l'imputato al dibattimento; non sono pronunciate condanne ma rinvii a giudizio; non assoluzioni ma decisioni di non luogo a procedere: si vaglia cioè se ricorra o meno una probabilità di condanna e solo nel caso affermativo è dato ingresso al dibattimento. I protagonisti sono tre, vale a dire il pubblico ministero, che è il detentore monopolistico dell'azione e instaura il processo con una domanda, l'imputato, che diviene tale con la proposizione della domanda, e il giudice al quale la domanda è proposta.

Supponiamo ora che il giudice istruttore sia tolto di mezzo e che i suoi poteri siano fagocitati dal pubblico ministero; che la triade perciò si riduca a una diade in cui il pubblico ministero, che è una parte, agisce come se fosse anche un giudice; che egli ricerchi e formi le prove in assoluta solitudine e poi richieda al giudice istruttore di prosciogliere l'imputato ovvero al giudice del dibattimento di citarlo a giudizio (richiesta, quest'ultima, che è imperativa); e che usi poi nel dibattimento, in veste di parte, le prove che ha formato nell'istruzione, come se fosse stato un giudice. Ecco l'istruzione sommaria, il cui vantaggio sulla formale consiste, secondo una definizione involontariamente umoristica, nell'impegnare l'opera di un solo magistrato anziché di due. Perché non attribuire al pubblico ministero anche il potere di decidere? Il risparmio di tempo e lavoro processuali sarebbe ancora maggiore.

## 3. IDEOLOGIA DELL'ISTRUZIONE SOMMARIA.

Le deviazioni dal modello classico sono troppo grossolane per supporre che i compilatori del codice, i quali non erano degli sprovveduti, non se ne fossero accorti, sicché, esclusa l'ipotesi della distrazione o dell'infortunio tecnico, resta quella d'una scelta compiuta a ragion veduta in base a una certa direttiva ideologica. È facile immaginare quale fosse l'ideologia, considerato il clima d'idee e di umori nel quale il codice ha visto la luce: si era nel 1930, in un regime politico che collocava l'autorità al vertice dei valori e, con il volenteroso concorso della cultura ufficiale, teorizzava l'idea dello Stato etico; ovvio che tali influenze si facessero sentire nel processo penale, che è lo specchio degli orientamenti politici e delle strutture costituzionali. La pratica del contraddittorio si accorda poco con i regimi autoritari, nel cui clima alla ragione dialettica si preferiscono le mistiche, le quali presentano anche il vantaggio di costare minor fatica intellettuale: preferenza rigorosamente logica, giacché l'abitudine alla discussione fa presto a corrodere i fondamenti carismatici del potere politico. Del resto, secondo la testimonianza di Cicerone, l'arte della disputa sarebbe nata con Corace e Tisia nella Magna Grecia del quinto secolo, «cum sublatis in Sicilia tyrannis res privatae

*longo intervallo judicii repeterentur*<sup>1</sup>: la tecnica della controversia cioè sarebbe uscita da una fiammata di passione dialettica e di oratoria giudiziaria seguita alla caduta della tirannide.

I compilatori del codice, introducendo l'istruzione sommaria, sapevano dunque quel che volevano: un tipo di processo che esaltasse l'idea dell'autorità, e nel quale il contraddittorio fosse ridotto al minimo compatibile con una certa levatura ormai irreversibile di sensibilità: le restaurazioni non sono possibili nemmeno nel processo, e quindi un crudo ritorno a metodi giudiziari del passato non sarebbe stato pensabile. La figura del pubblico ministero poteva essere lo strumento di una silenziosa rivoluzione in tal senso: subordinato al potere politico, a causa del vincolo gerarchico di dipendenza dal ministro, sembrava offrire sufficienti garanzie di docilità; solo che gli si fosse attribuita una somma di poteri sino ad allora inconcepibili in una parte, rompendo così l'equilibrio con l'altro contraddittore ma soprattutto con il giudice, la cosa sarebbe riuscita. Il risultato politico si risolveva in un maggior controllo del gruppo dominante sulle leve del processo; e dal punto di vista tecnico, questo smisurato accrescimento dei poteri di una parte rappresentava un ritorno al modello inquisitorio: attribuire al giudice il potere d'instaurare il processo ovvero all'accusatore il potere di compiere atti tipici del giudice sono soluzioni che discendono da eguali premesse; meno pericolosa la prima, senza dubbio, essendo il giudice professionalmente educato all'imparzialità, mentre la vocazione dell'accusatore è di proporre accuse e si sa quanto sia difficile estirpare gli abiti mentali.

La riuscita dell'operazione esigeva, infine, una certa cautela nell'uso dei nomi: meglio non dire apertamente che il pubblico ministero, al quale si era attribuita un'autorità esorbitante, fosse un rappresentante del potere esecutivo; conveniva anzi parlarne come di un interprete di giustizia, sottolineando la sua posizione ambigua di organo situato nell'immaginaria terra di nessuno tra la parte e il giudice.

<sup>1</sup> *Brutus*, 12, 46.

In questo dopoguerra la figura del pubblico ministero, con un'evoluzione assai faticosa, si è liberata dalle pastoie gerarchiche e ha ottenuto un'indipendenza pari a quella del giudice, ma l'istruzione sommaria è rimasta tale e quale, considerata con giusta diffidenza a causa della sua impronta inquisitoria. Soprattutto non piace l'idea che le prove siano formate dal magistrato che poi le fa valere nel dibattimento come argomenti di condanna. Ma essendo naturalmente varia la gamma dei gusti, non stupisce che persino l'istruzione sommaria abbia i suoi zelatori. L'argomento di fondo rimane sempre quello, a carattere nettamente mitologico, dell'organo di giustizia bifronte che non è giudice e nemmeno parte. Insuperabili giochi di parole: il processo penale è un fatto molto serio, del quale sarebbe desiderabile che si fornissero descrizioni esatte; senonché i cultori di quella mistica figura hanno una certa fobia per le parole chiare e preferiscono rifugiarsi nella ripetizione trasognata di una formula, finché cala una luce da acquario e non si sa più che cosa siano la parte e il giudice.

Tra di essi, anzi, vi è chi non perde occasione per insinuare accuse di panlogismo (a mezza voce e con la debita cautela) a carico di chiunque non segua questa deprimente moda. Provate a dire che un protagonista del processo che non sia giudice è, per esclusione, una parte, e vi sentirete obiettare che questo, indubbiamente, è un modo molto *coerente, rigoroso, formalmente impeccabile* di affrontare la questione (detto come se l'abitudine alle deduzioni esatte fosse una malattia da tenere nascosta); ma la vita del diritto, essi proseguono, essendo infinitamente complessa e concreta, non tollera distinzioni troppo nette: nel diritto, di cui parlano con compunzione, dimenticando come sia soltanto un sistema di povere regole escogitate da un'assemblea legislativa, non vale alcun canone di coerenza formale. I soggetti del processo sono parti o giudici, ma, essendosi convenuto che la regola del terzo escluso non valga, ecco saltar fuori il soggetto che non è parte e nemmeno giudice e si chiama organo di giustizia: dove si vede quale asilo sia per gli argomentatori deboli un certo modo di esprimersi intimistico ed elusivo.

Intendiamoci: che la figura del pubblico ministero, come oggi è regolata, sia un ibrido, è cosa che non nego affatto e anzi sono il primo

ad affermare. Soltanto, ciò che per me è motivo di giudizio negativo, così dovendosi giudicare l'attribuzione a una parte di certi poteri tipici del giudice, per qualcun altro è oggetto di ammirata contemplazione. Per farsene un'idea, conviene aver sott'occhio queste frasi che cito da un recente elogio dell'istruzione sommaria: «il pubblico ministero è organo giudiziario, come tale preoccupato di attuare giustizia, e non è, quindi, una vera e propria parte contrapposta all'imputato ... Non c'è nessun principio che obbliga a considerare solo attività di giudice l'attività di formazione delle prove. Prima del 1946 il pubblico ministero era organo del potere esecutivo, eppure anche allora assumeva prove. Che dire, poi, del notaio che interveniva ai tempi del vecchio codice di procedura civile? Anch'egli assumeva prove. Comunque non si deve mai dimenticare che oggi il pubblico ministero è organo di giustizia»<sup>2</sup>.

Val la pena sminuzzare questo passo, che se ancora fossero di moda i manuali sull'arte di pensare, meriterebbe d'essere citato in una *Logique de Port-Royal* processualistica quale documento di come non si debba ragionare. Lascio da parte l'invocazione finale e quella conclusiva, perché ormai sappiamo in qual conto tenere la metafora dell'organo di giustizia; si sarà comunque notato il piglio con cui è usata: una formula di fronte a cui cadono le mura di Gerico. Mi occupo invece degli enunciati racchiusi tra le due esclamazioni. Da notare, per la migliore intelligenza del lettore, che codesti argomenti sono stati adottati in un convegno sulla riforma del codice, a sostegno del punto di vista secondo cui converrebbe ridurre l'istruzione penale a quella sommaria per ogni tipo di processo.

«Il pubblico ministero non è una vera e propria parte contrapposta all'imputato». Chi fa simili affermazioni ha l'onere di spiegare quale nome competa a colui che instaura il processo con la richiesta d'istruzione formale, presenta istanze e requisitorie, contraddice ed eccepisce, partecipa alla discussione e impugna la sentenza. Quando si dice «parte» ci si riferisce a iniziative del genere, salvo poi distinguere tra parti pubbliche e private. «Non

<sup>2</sup> Anche queste sono frasi di CONSO, riferite in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, 1965, 341.

c'è nessun principio che obbliga a considerare solo attività di giudice l'attività di formazione delle prove». Singolare modo di esprimersi. Nessuno ha sostenuto che vi sia «un principio che obbliga, ecc.». Si è soltanto fatto notare, e gli ascoltatori di mente chiara hanno subito capito, come l'attività di formazione della prova nel processo (ad esempio, l'interrogazione di un testimone) supponga una certa imparzialità, che il giudice si ha ragione di ritenere possieda in misura superiore al magistrato che inscena il processo, propone istanze, eccepisce e contraddice e insomma agisce in vario modo per provocare una sentenza di un certo contenuto e, se non la ottiene, si reputa soccombente e propone impugnazione, sollecitando da un altro giudice ciò che non ha avuto dal primo. Indugiare sull'argomento significa far torto all'acume del lettore. «Prima del 1946 il pubblico ministero era organo del potere esecutivo, eppure anche allora assumeva prove». Ecco un ragionamento suicida, poiché l'assetto del processo penale anteriore al 1946 non rappresentava, come sappiamo, un modello di scrupolo nella tutela dell'interesse delle parti al contraddittorio. «Che dire poi del notaio che interveniva ai tempi del vecchio codice di procedura civile? Anche egli assumeva prove». Non vorrei apparire crudele, ma anche questo argomento è stravagante. Se si voleva dimostrare come in passato siano stati usati nella formazione delle prove metodi che ripugnano agli orientamenti oggi dominanti, con un poco di erudizione storica l'esemplificazione sarebbe potuta riuscire assai più ricca: i testimoni dei quali si taceva il nome all'imputato nelle cause di eresia, e lo *judicium feretri* di cui Ippolito Marsili vantava l'efficacia, e le ordalie dell'acqua e del fuoco e mille altre superstizioni.

Di quale tempra sia questa logica, risulta infine dalla *nonchalance* con cui in un altro punto del medesimo contesto si invoca a esempio la cosiddetta istruzione sommaria del pretore che è l'attività istruttoria di un giudice; a questo punto si è affievolito il talento della distinzione: non si capisce più qual differenza intercorre tra il pubblico ministero istruttore e un giudice che procede *ex officio*, qual è il pretore<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Per altri rilievi sull'istruzione sommaria, *infra*, VII, § 4; VIII, § 4; IX, § 3.

Sino a dieci anni or sono bene o male le due istruzioni sono coesistite senza eccessivi contrasti: a parte l'infelice struttura di cui si è parlato, l'istruzione sommaria non si distingueva da quella formale, poiché tanto nell'una quanto nell'altra si rispettava il più stretto segreto. Ma un intervento legislativo del 1955 ha modificato questa materia (con l'interpolazione di tre norme: artt. 304-bis, ter e quater), accordando alle parti private certe garanzie difensive, le quali ci si è subito chiesto se fossero applicabili all'istruzione del pubblico ministero oltre che a quella formale per cui risultavano esplicitamente dettate.

La Corte di cassazione, dopo qualche incertezza<sup>4</sup>, ha risposto in senso negativo con tre decisioni a sezioni unite<sup>5</sup>. La conclusione appariva fortemente discutibile, ma le leggi contano nella misura in cui i giudici le applicano e, dopo quel solenne precedente, i giudici hanno unanimemente ritenuto che il difensore fosse escluso dall'istruzione sommaria: un ottimo esempio di *Judge made Law* (dove il *making* consisteva nel modificare una disposizione vigente amputandola di una parte del suo contenuto) da segnalare a chi crede ancora che negli ordinamenti chiusi i giudici siano soltanto *bouches de la loi*.

Le ragioni addotte, nell'essenziale, erano due: una, assai poco plausibile, con cui si faceva leva sull'articolo 391<sup>1</sup> per concludere che l'applicazione delle modeste garanzie di difesa introdotte dalla novella si sarebbe risolta in complicazioni di procedura incompatibili con la speditezza del rito sommario; ma il rilievo era troppo specioso per supporre che la Corte l'avesse davvero ritenuto decisivo. La ragione del decidere sembra perciò che stesse nel secondo argomento, che riferirò con le parole di una delle tre sentenze: «l'assoluta eccezionalità dell'istruzione sommaria deriva dal fatto che essa attua un

<sup>4</sup> Affermativamente, circa l'applicabilità degli artt. 304-bis, ter e quater, Cass. 14 marzo 1957, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 808; nel senso che i soli artt. 304-bis e ter valessero per entrambi i riti, Id. 27 gennaio 1958, in *Arch. pen.*, 1958, II, 98; per la soluzione indiscriminatamente negativa, tra le altre, Cass. 19 novembre 1957, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 623; Id. 3 dicembre 1957, *ivi*, 1958, 624.

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., 17 maggio 1958, nelle c. *Simonini, Fumagalli e Sciacca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 881 s. e 1255 s.

criterio processuale che, sia pure ridotto a pochi casi e subordinato a talune condizioni, si ispira al sistema accusatorio. In altri termini, il legislatore del 1931, intrinsecamente riformando il sistema istruttorio del 1913, ha voluto che nei detti limiti il pubblico ministero oltre che *dominus* dell'azione penale fosse altresì l'organo che, predisposta la prova nell'interesse della funzione esercitata, con l'accertare la commissione e l'attribuibilità del reato a un determinato soggetto, traesse l'individuo ritenuto colpevole al cospetto dell'organo della giurisdizione, donde la possibilità per l'imputato di esercitare in tal sede, nel pubblico ed orale dibattimento, il suo diritto alla difesa, contestando nei modi e con i mezzi di legge l'accusa mossagli dal pubblico ministero»<sup>6</sup>.

Preso alla lettera, quello che si è riferito è un discorso sconcertante, giacché le cose stanno nei termini esattamente opposti. Se, quando si parla di «procedimento accusatorio», s'intende il fatto puro e semplice che nell'istruzione sommaria il pubblico ministero è l'unico protagonista ed esercita i poteri che nell'altro rito sono riservati al giudice, nulla da eccepire, a parte il significato inconsueto in cui si usa l'aggettivo; senonché la caratteristica più appariscente di tale situazione sta nel potere accordato al pubblico ministero di formare le prove, ed essendo questa una funzione tipica dell'organo giurisdizionale, risulta evidente come il cumulo in un soggetto del potere di accusare e d'istruire orienti il procedimento in un verso nettamente inquisitorio.

Quanto poi alla possibilità, di cui l'imputato usufruisce, di difendersi nel dibattimento «contestando nei modi e con i mezzi di legge l'accusa mossagli dal pubblico ministero» essa è la condizione minima senza la quale gli imputati vivrebbero l'incubo immaginato da Kafka; ma è eccessivo, francamente, parlarne come di una garanzia che bilanci la segretezza dell'istruzione. La questione del resto si risolve in due parole: le prove formate dal pubblico ministero nell'istruzione sommaria valgono quanto quelle acquisite dal giudice istruttore nell'altro rito? Essendo la

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 17 maggio 1958, in c. *Fumagalli*, *loc. cit.*, 1259.

risposta affermativa, non c'è sofisma con cui si possa dimostrare che le garanzie di difesa ammesse nel secondo siano superflue nella prima. Insomma, un'argomentazione singolare e persino provocatoria (nel senso dialettico della parola) per la noncuranza con cui pone come verità ovvia il contrario di certi fatti di comune evidenza. Ora, è proprio questa caratteristica a orientare l'attenzione del lettore, il quale capisce di essere di fronte a un discorso in chiave, il cui significato non è quello letterale. Per decifrarlo basta seguire la traccia che si è indicata e leggere «inquisitorio» anziché «accusatorio»: e allora emerge un ragionamento del quale si possono rifiutare le premesse ma si deve ammettere lo svolgimento logicamente rettilineo.

Ecco come suona, così interpretato, il discorso della Cassazione: «il contraddittorio ha un senso nell'istruzione formale, dove si muovono due parti e un giudice; ma come si può pensare di trasporlo nel rito sommario che, con la esclusione del giudice e l'attribuzione dei poteri di quest'ultimo alla parte pubblica, è stato concepito secondo una formula esattamente contraria a quella classica del processo? L'istruzione sommaria si giustifica in quanto sia segreta; ammettervi l'intervento della difesa significa creare il caso *monstre* di un procedimento giudiziario nel quale due parti contendono e una agisce come se fosse un giudice. Il contraddittorio suppone la presenza di un giudice e un' almeno tendenziale parità dei contraddittori: dove il primo manca e la disuguaglianza fra gli altri due si fa abissale, esso deve reputarsi escluso, poiché si versa in una figura di procedimento inquisitorio nel quale parte e giudice confluiscono in una persona. È, prevista nel nostro codice un'istruzione del pubblico ministero? Se è prevista, accettiamola con tutte le conseguenze. Finché la legge non lo imponga a chiare note, ci rifiuteremo di alterare l'istituto con l'innesto di disposizioni che, logicamente parlando, sono un corpo estraneo». Formulata in questi termini, l'interpretazione restrittiva appare meno arbitraria di quanto ritengano i critici superficiali.

#### 7. IL PRIMO GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

Senonché il problema non si esauriva nello stabilire in via interpretativa se gli artt. 304-bis, ter e quater fossero o meno applicabili all'istruzione sommaria, giacché, ammessa una risposta negativa, sarebbe nata la questione della legittimità dell'art. 392<sup>1</sup> (nel

quale è detto che le norme sull'istruzione formale valgono in quella sommaria «in quanto sono applicabili») in relazione all'art. 24<sup>2</sup> Cost., dove si proclama che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Questo era il dilemma: estendere in via d'interpretazione le norme sull'intervento della difesa al rito sommario ovvero, in quanto si reputasse impossibile la estensione, invocare un accertamento di costituzionalità. Insostenibile invece la terza soluzione del ritenere esclusa la difesa e costituzionalmente legittimo un simile stato di cose. Ora, non essendo ragionevole attendersi un pentimento della Corte di cassazione, la sola via aperta era la seconda; stupisce anzi che siano trascorsi sette anni prima che, con la proposizione del relativo incidente, si uscisse *dall'impasse* e fosse provocata la serie di eventi che infine ha condotto allo scioglimento del nodo.

Ecco il primo tempo della vicenda. La sentenza 4 febbraio 1965 n. 11 della Corte costituzionale<sup>7</sup> affronta la questione, lasciandola peraltro insoluta: infatti, non vi si statuisce formalmente che, nel modo in cui è inteso dalla Corte di cassazione, l'art. 392<sup>1</sup> viola la Costituzione; vi si svolgono invece diffuse considerazioni, per lo più assai convincenti, intese a dimostrare come (a) gli autori della riforma del 1955 non perseguissero il fine di una limitazione delle garanzie difensive al rito formale (la quale circostanza, a essere sinceri, non riveste un peso apprezzabile né in un senso né nell'altro); (b) i casi nei quali si procede con istruzione sommaria, a causa anche di un'ipertrofia dell'istituto imputabile alla prassi, non siano l'esigua minoranza che è postulata nei celeberrimi precedenti di cassazione; (c) l'istruzione del pubblico ministero sia esperibile anche in casi «nei quali è richiesta un'indagine piuttosto delicata e complessa» e comunque non sia di fatto incompatibile con garanzie di difesa, la cui applicazione si risolve in un dispendio di tempo praticamente impercettibile. Sul punto cruciale - e cioè la fisionomia abnorme che all'istruzione sommaria deriva dall'essere condotta da una parte in posizione di supremazia sull'altra - la sentenza osserva soltanto che l'intervento della difesa è ancora più necessario dove manca il giudice: considerazione sacrosanta ma non risolutiva e anzi sospetta di *petitio principii*; la questione è infatti se il legislatore, attribuendo i poteri del

<sup>7</sup> Vedine il testo in Riv. it. dir. e proc. pen., 1965, 199 s.

giudice istruttore al pubblico ministero, non abbia optato per un tipo di procedimento che, piaccia o meno la cosa in sede di politica legislativa, esclude logicamente la possibilità del contraddittorio.

Il lungo discorso culmina in questa considerazione, tutto sommato abbastanza ambigua: tra gli argomenti addotti contro l'estensione al rito sommario degli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* non ve ne sono di veramente convincenti; ma se sorgesse un dubbio, lo si dovrebbe risolvere nel senso dell'interpretazione più ampia, «sia perché è in tal modo assicurata piena osservanza al precetto dell'art. 24 Cost.», sia perché la più vasta applicazione del contraddittorio «costituisce il maggior presidio per l'autorità e il prestigio delle sentenze dei giudici».

I punti deboli di questa decisione erano due: (a) l'aver posto la questione nei puri e semplici termini di una disputa interpretativa sulla legge ordinaria, come se la norma effettiva da più di un lustro non fosse ormai quella che la Cassazione a torto o a ragione aveva letto nell'art. 392<sup>1</sup>; per questa via ci si produceva in un'argomentazione sul cui effetto non si sarebbe potuto realisticamente contare; (b) l'aver evitato d'affermare, nel tono della decisione anziché in quello del discorso a fini persuasivi, che, nel modo in cui la intende la Corte di cassazione, l'istruzione sommaria è in contrasto con il principio dell'inviolabilità della difesa. Data quest'ultima lacuna, non ci si poteva nemmeno appigliare all'assunto che la decisione, reputando legittimo il testo sul presupposto di un'interpretazione diversa da quella accolta dal giudice ordinario, escludesse *erga omnes* l'interpretazione o le interpretazioni ritenute incostituzionali: il quale argomento, del resto, appare pochissimo persuasivo, essendo risaputo che il compito della Corte costituzionale non è d'interpretare autenticamente ma d'accertare l'eventuale invalidità delle leggi.

8. IL DINIEGO RIBADITO

Stando le cose in tal modo, il seguito più probabile era che gli artt. 304-*bis*, *ter* e *quater* continuassero a essere interpretati come in passato; e tale è la risposta formulata dalla Corte di cassazione con la sentenza 28 aprile 1965<sup>8</sup>. L'argomentazione si svolge su

<sup>8</sup> In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 534 s.

due piani, il primo dei quali qui non interessa; alludo alle ragioni con cui la Corte ha creduto di dimostrare come la questione di costituzionalità dell'articolo 392<sup>1</sup> fosse manifestamente infondata: conclusione difficile da sostenere e anche praticamente inopportuna, giacché, per quanto reticente fosse stata la sentenza n. 11, era facilmente avvertibile nello sfondo l'assunto che l'art. 392 fosse conforme alla Costituzione a patto d'intenderlo come compatibile con l'estensione delle garanzie difensive al rito sommario; dunque non tanto la questione non appariva manifestamente infondata, quanto risultava evidente la necessità di una seconda pronuncia che dissipasse l'equivoco. Ma qui interessa un altro piano argomentativo: liberatasi della questione di costituzionalità, la Corte si è riproposto il problema interpretativo e, come era da prevedere, ha ribadito la vecchia soluzione. Si è sottolineata ancora una volta la diversità di struttura fra i due riti, uno dei quali riproduce la triade soggettiva e il ritmo dialettico del processo, mentre l'altro appare studiato sulla misura di un'iniziativa unilaterale del pubblico ministero, nella quale sembra implicata la esclusione del contraddittorio. Infine, si è auspicato un intervento legislativo che rimuova le dissonanze di cui questa materia trabocca: voto che, sia detto incidentalmente, nè contraddice nè sminuisce la precedente argomentazione; infatti, la Corte non ha detto che quella vigente sia la migliore di tutte le possibili discipline; il suo assunto era invece che sino al momento in cui perduri l'attuale dualismo di riti, la diversità di struttura impedisca un'eguale applicazione del contraddittorio.

Chiedersi quale sia il movente del conflitto interpretativo fra due giudici è, in genere e anche nel nostro caso, ricerca oziosa. Si noti comunque come fosse sorto un problema pratico molto serio: accogliere la interpretazione suggerita dalla Corte costituzionale avrebbe significato il ritorno all'istruttore di tutti i processi pendenti all'origine dei quali vi fosse stata un'istruzione sommaria; senza contare la falciatura di prove che ciò avrebbe causato, delle quali alcune irripetibili per definizione (come la ricognizione di persona) e altre la cui ripetizione potrebbe riuscire malagevole e in qualche caso impossibile (ad esempio, la perizia). Si capisce come, di fronte alla prospettiva di una simile catastrofe procedurale, apparisse preferibile l'alea di una dichiarazione d'invalidità dell'art. 392, le cui conseguenze sarebbero state comunque meno micidiali.

O rmai ci si muoveva in un gioco obbligato. Inevitabile che fosse ribadita l'interpretazione restrittiva e, di fronte alla fioritura di nuovi incidenti, inevitabile che la Corte uscisse dall'ambiguità della prima decisione. Si è pervenuti così alla sentenza 16 giugno 1965 n. 52<sup>9</sup>, formulata in questi termini: le norme sull'istruzione sommaria, rettammente interpretate, non escludono l'applicabilità delle garanzie di difesa, le quali peraltro sono di fatto escluse nell'interpretazione che il testo legislativo riceve ad opera dei giudici ordinari; e poiché tale risultato è in contrasto con l'articolo 24 Cost., si dichiara illegittimo l'art. 392<sup>1</sup>, «nella parte in cui, estendendo all'istruzione sommaria le norme stabilite per l'istruzione formale solo in quanto applicabili, autorizza ad escludere che anche nell'istruzione sommaria debbano avere applicazione le disposizioni degli artt. 304-bis, ter e quater, poste a garanzia del diritto di difesa». Come si vede, la Corte non ha usato l'espedito, estraneo al nostro ordinamento, della cosiddetta doppia pronuncia formale, consistente nel ritenere valida una disposizione di legge, in quanto intesa in un dato modo (per questa parte la decisione è di rigetto), e poi nel dichiarare illegittima un'altra o alcune altre interpretazioni alternativamente formulabili in ordine al medesimo testo: il che, secondo quanto poco dimostrandamente si sostiene, equivarrebbe a una decisione di accoglimento intesa a estromettere dal mondo dei possibili giuridici la norma o le norme ipotetiche. Vicende del genere non sono pensabili in un sistema nel quale l'accertamento di illegittimità, in quanto condizione della sopravvenuta inefficacia prevista dall'art. 136 Cost., colpisce le leggi e non le congetture degli interpreti.

La singolarità del caso, che tuttavia non è senza precedenti<sup>10</sup>, sta piuttosto nel fatto che sia stata dichiarata l'illegittimità parziale di un testo, nel quale la parte illegittima non è grammaticalmente distinta da quella sopravvissuta: il legislatore, infatti, ha usato una formula indeterminata («nell'istruzione sommaria si osservano le norme stabilite per

<sup>9</sup> In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 534 s.

<sup>10</sup> Il più cospicuo dei quali è la decisione 27 maggio 1961 n. 26, in *Giur. cost.* 1961, 525 s.

l'istruzione formale, *in quanto sono applicabili*»), nella quale rientrano varie situazioni: per alcune la previsione è costituzionalmente valida e per altre invalida; la dichiarazione d'illegittimità parziale perciò non amputa il testo di una particella linguistica ma ne riduce il significato, escludendone i casi nei quali la regola contraddice la Costituzione. Il risultato è simile a quello che si ottiene per via d'interpretazione autentica ma ha poco a che vedere con la figura della cosiddetta doppia pronuncia: quest'ultima presuppone un testo interpretabile secondo due o più versioni alternative e perciò incompatibili, una o alcune delle quali si vuol annientare con una pronuncia efficace *erga omnes*, mentre il nostro caso è quello del testo in cui sono previste situazioni compatibili (ad esempio, l'art. 392, inteso restrittivamente, esclude tanto l'applicazione delle norme sulla sentenza di rinvio a giudizio quanto quella delle garanzie di difesa). Insomma, pronunce del genere incidono sulla «intensione» o «connotazione», come dicevano i vecchi logici, di un'unica formula a più molecole espressive, alcune delle quali sono conservate e altre soppresse: il che, se formalmente esorbita dallo schema classico della sentenza di accoglimento e, di fatto, in casi meno lineari di questo può suscitare qualche complicazione, logicamente costituisce un *minus* rispetto alla dichiarazione di illegittimità totale del testo.

Chiediamoci che cosa avverrebbe se la pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 392<sup>1</sup> valesse anche rispetto alle istruzioni sommarie già compiute. Poiché l'omissione delle garanzie di difesa rientra nella previsione dell'art. 185 n. 3, saremmo di fronte a una miriade di nullità assolute. Se fossero in gioco soltanto le perquisizioni, le ricognizioni, le perizie e gli esperimenti (ovverosia gli atti ai quali i difensori delle parti private hanno diritto di assistere secondo l'articolo 304-bis) sarebbe escluso il ritorno del processo in istruzione: dato un atto probatorio nullo e perciò inutilizzabile ai fini del decidere, la nullità o non impedisce una decisione di merito, quando la prova acquisita invalidamente è irrilevante, ovvero trova un rimedio nella rinnovazione dell'atto, che sia di fatto possibile: il che in nessun caso esige un ritorno all'istruzione. Ma altro è il valore dell'interrogatorio, che per un verso vale come una fonte di prova e,

per l'altro, costituisce un atto necessario del procedimento istruttorio e quindi una condizione del rinvio o della citazione a giudizio; un interrogatorio compiuto invalidamente (a causa del mancato deposito del verbale: art. 304<sup>1</sup>-*quater*) si risolve in una nullità della richiesta di citazione, la quale, in analogia a quanto è disposto per la sentenza di rinvio a giudizio, trova l'unico possibile rimedio nella restituzione degli atti all'istruttore. La sola eccezione riguarda il caso nel quale, non avendo l'imputato ottemperato all'ordine di comparizione, non sia stato assunto l'interrogatorio.

Si potrebbe obiettare che il mancato deposito del verbale non è un fatto di tal gravità da imporre che si ricominci *ab ovo*; il segreto istruttorio è cessato con la notificazione del decreto di citazione, e, per di più, l'imputato ha usufruito nel dibattimento della più ampia possibilità di difesa, sicché in fin dei conti tutto il pregiudizio è consistito nel differire a quel momento ciò che si sarebbe dovuto consentire prima; dunque, niente d'irreversibile e d'irreparabile. Non nego che in linea di senso comune argomenti del genere siano plausibili; senonché la logica del processo talvolta non coincide con quella del senso comune. In particolare, la legge ha negato al giudice il potere di far dipendere la dichiarazione della nullità di un atto dalla ricerca, compiuta caso per caso, di un effettivo pregiudizio. A condizione di disporre di giudici perfetti per scrupolo e perspicacia, questo è indubbiamente il migliore dei sistemi; ma il nostro legislatore, che muoveva da presupposti meno ottimistici, ha preferito precisare, secondo certe misure tipiche, quali situazioni causano la nullità degli atti e quali no; il compito dell'interprete si riduce perciò a verificare se ricorra una di quelle situazioni, e, in caso affermativo, a dichiarare la nullità. Formula rigida finché si vuole (che sarebbe piaciuta agli ideologi francesi del settecento, per i quali era nefasta ogni particella di discrezionalità concessa al giudice) ma non priva di un certo fondamento: senza quell'argine chi garantisce che, in nome della giustizia sostanziale, non si sacrificerebbe più del dovuto la libertà del cittadino? Quali che fossero poi le conseguenze di fatto, sarebbe seriamente scosso il concetto costituzionale del processo penale come sistema di limiti nei quali è imbrigliato il potere di punire.

Queste, in breve, le ragioni per le quali non si potrebbe evitare il ritorno dei processi pendenti all'organo istruttorio, se si ammettesse

che la dichiarazione di incostituzionalità valga anche rispetto ai procedimenti sommari già conclusi. In altre parole, la posta è altissima. A parte l'enorme dispendio di lavoro giudiziario, si consideri l'impossibilità di ripetere o di ripetere utilmente certi atti probatori, con la conseguente prospettiva di salvezza che il terremoto procedurale aprirebbe a molti imputati, la cui condanna appariva ineccepibile alla luce delle prove; l'ulteriore conseguenza sarebbe la scarcerazione automatica di tutti gli imputati detenuti nei cui confronti si sia proceduto con il rito sommario, e la cui custodia preventiva si sia protratta oltre il limite massimo previsto dall'art. 272 nn. 1 e 2, nonché comma 5°.

## II. CRITICA DI ALCUNI PRECONCETTI.

Il problema è intorbidato in primo luogo da una complicazione psicologica: si dà per certo che la Corte di cassazione, escludendo il difensore dal rito sommario, abbia sovrapposto arbitrariamente alla legge una sua norma; ora, caduta quest'ultima per ragioni di incostituzionalità, si pretende quel che si sarebbe avuto se la Corte, riconoscendo spontaneamente d'aver errato, avesse ammesso l'applicabilità degli artt. 304-*bis*, *ter* e *quater*. Si capisce che un'*arrière pensée* del genere altera l'impostazione del problema e ne pregiudica la soluzione in modo logicamente scorretto. Il modo migliore di imbastire il discorso è un altro: conviene fingere che l'interpretazione sinora seguita dalla giurisprudenza fosse corretta e anzi la sola possibile. Proporrei addirittura di ragionare il problema, come se fosse stata dichiarata l'incostituzionalità di un testo legislativo formulato in questi termini categorici: «gli artt. 304-*bis*, *ter* e *quater* non sono applicabili nell'istruzione sommaria». Così, con un'innocua finzione, ci si libera di certi fermenti emotivi che nuocciono alla spregiudicatezza dell'analisi e, cosa ugualmente importante, si arriva subito al *clou* della questione.

Una seconda possibile causa di equivoci è l'idea che l'applicazione incostituzionale della legge processuale renda giuridicamente viziato *quod actum est* e ne esiga la ripetizione (entro il limite, s'intende, del giudicato) in ossequio al principio che, se basta una semplice nullità a far franare il processo, ciò avvenga a maggior ragione quando è in gioco una superinvalidità derivante dalla trasgressione dei canoni

costituzionali. Nel nostro ordinamento questa impostazione (che sarebbe ineccepibile, ad esempio, nel diritto nordamericano) è arbitraria: infatti, non è vero che l'atto processuale compiuto in modo dissonante da un precetto costituzionale sia per ciò stesso nullo; la nullità è un fenomeno processuale da apprezzare secondo la legge del processo; se quest'ultima fosse costituzionalmente invalida, si provvederebbe a rimuoverla e, quanto alla sorte degli atti già compiuti, varrebbero le regole, di cui si parlerà tra breve, concernenti l'efficacia della pronuncia di accoglimento; ma è scorretto dire che gli atti compiuti secondo la legge incostituzionale siano invalidi e perciò debbano essere rinnovati, essendo ignoto al nostro ordinamento l'esemplare dell'atto processuale costituzionalmente invalido.

Queste sono deduzioni giuridiche. In linea di convenienza politica si può discutere se non sia preferibile disfare l'opera passata del giudice, per adeguarla ai precetti della Costituzione. Punto di vista rispettabilissimo ma punto di vista politico e non giuridico: e poiché ci si pone sul piano degli apprezzamenti politici, non si dovrebbe negare pregiudizialmente ogni credito a considerazioni di egual natura ma di segno contrario: perché, ad esempio, non tener conto della necessità di assicurare un minimo di certezza? Se il rispetto della Costituzione è importante, un certo grado di stabilità nelle situazioni processuali non è cosa futile. Si obietterà: il fatto che un'ingiustizia colpisca mille cittadini non è buon motivo per tollerarla più che se ne colpisse uno solo. In altre parole, *pereat mundus*. Ma a parte l'opinabilità di questa massima apocalittica, la premessa indimostrata è che si possa parlare di *ingiustizia* (nel significato giuridico della parola e non in termini d'ideologia politica) rispetto agli atti di un'istruzione sommaria compiuta fuori dell'intervento della difesa, in ossequio a quanto la Corte di cassazione riteneva che una norma del nostro codice prescrivesse. Quello che si sa è che è stata dichiarata illegittima la disposizione su cui la giurisprudenza basava il diniego delle garanzie difensive; e se si vuol sapere in qual misura codesto fatto influisca sulle situazioni processuali preesistenti, bisogna ragionare in base ai principi sull'efficacia delle decisioni d'incostituzionalità, lasciando da parte ogni metafora in termini di giustizia.

Il terzo argomento, del quale riesce facile liberare il campo, è formulabile così: la decisione della Corte costituzionale vale come uno *jus superveniens*; a partire da un certo istante entra in vigore una

disciplina dell'istruzione sommaria più favorevole all'imputato di quella che vigeva in passato; il caso rientra quindi nella previsione dell'art. 2<sup>3</sup> c.p., secondo il quale «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo ...»<sup>11</sup>. Il difetto di quest'argomentazione consiste nel non dimostrare ciò che dovrebbe essere dimostrato; che alle istruzioni sommarie non ancora concluse siano estese le garanzie di difesa, è infatti lapalissiano, mentre il problema da risolvere è un altro: se si debba disfare quanto si è fatto, per applicare le norme sulla difesa anche nelle istruzioni già concluse. In altre parole, per dimostrare che la legge processuale sopravvenuta valga rispetto ai processi pendenti non è necessario invocare la retroattività della norma più favorevole, in quanto la conclusione discende dai principi in tema di efficacia della legge processuale nel tempo; semmai l'art. 2<sup>3</sup> c.p. potrebbe essere invocato, in certi casi<sup>12</sup>, nel senso

<sup>11</sup> A questa conclusione giunge M. Gallo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 214, ma con uno svolgimento assai tortuoso che ignora l'art. 2<sup>3</sup> c.p. e muove dall'art. 25<sup>2</sup> Cost., il quale peraltro non dice nulla che riguardi l'argomento («nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»). Egli precisa come «malgrado la lettera della norma costituzionale, sia opinione assolutamente pacifica, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la irretroattività della legge penale più sfavorevole deve considerarsi integrata dalla retroattività della legge penale più favorevole». Non so se le opinioni siano davvero concordi come M. Gallo assicura, ma se anche lo fossero, l'assunto rimarrebbe insostenibile: non si capisce, infatti, come dal principio di irretroattività della legge sfavorevole si possa dedurre quello, logicamente indipendente, di retroattività della legge favorevole. E poi perché cercare nella Costituzione ciò che essa non contiene quando, per trovare quel che, si cerca, basta leggere l'art. 2<sup>3</sup> c.p.? Il quale peraltro, come si rileva nel testo, non fornisce alcun lume per risolvere il nostro problema.

<sup>12</sup> Ad esempio, se un fatto previsto come reato perseguibile a querela fosse trasformato da una legge successiva in reato perseguibile d'ufficio (e la querela, s'intende, non fosse stata proposta), sarebbe ragionevole escludere la possibilità di una successiva persecuzione giudiziaria *ex officio*. Nel caso inverso, in cui un fatto già previsto come reato perseguibile d'ufficio fosse poi degradato a illecito perseguibile a querela, sarebbe invece bizzarro sostenere che il giudice debba dichiarare il non luogo a procedere, non essendo stata proposta una querela che la legge del tempo non esigeva. Questioni del genere in pratica non sorgono perché un legislatore appena attento regola la materia caso per caso con norme transitorie.

contrario e cioè della ultrattività delle norme anteriori più favorevoli. Inoltre, il canone enunciato nel predetto testo riguarda le norme sostanziali, ed eventualmente quelle processuali, che concorrono a determinare il contenuto della decisione e cioè a risolvere il dilemma condanna-proscioglimento. Nel nostro caso, invece, è in questione il *modus procedendi* di certe iniziative istruttorie; siamo quindi fuori della sfera in cui vale il concetto della legge più o meno favorevole (qual è determinato nell'art. 2<sup>3</sup> c.p.).

12. LE ISTRUZIONI COMPIUTE.

A questo punto i termini del problema sono abbastanza chiari. L'opinione rigoristica, favorevole al ritorno dei processi pendenti all'organo istruttorio, se si vuole che suoni plausibilmente, dovrebbe essere ragionata così: la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 392<sup>1</sup>, con il risultato di rendere doverose e anzi prescritte sotto pena di nullità assoluta certe iniziative che, in base alla disposizione dichiarata illegittima, si reputavano superflue; l'art. 392<sup>1</sup> era il solo diaframma tra l'istruzione sommaria e l'applicazione dell'art. 185 n. 3 in relazione agli artt. 304-bis, ter, quater; ma l'accertamento di illegittimità costituzionale della legge e la successiva pubblicazione della sentenza prevista dall'art. 136 Cost. compongono un fatto normativo complesso che, a differenza dell'abrogazione, agisce retroattivamente; ora, se nei processi pendenti l'art. 392<sup>1</sup> si considerasse come mai esistito, l'impedimento frapposto in passato alla difesa sarebbe definibile come causa di una nullità assoluta.

Se tale è l'argomentazione più seria che si possa addurre a sostegno dell'assunto rigoristico, quest'ultimo si rivela più debole di quanto a un primo sguardo si potesse sospettare. Il ragionamento è costruito sull'enunciato apodittico che la legge a cui si riferisce la pronuncia di invalidità, sia annullata *ex tunc* e perciò cadano le valutazioni formulate in base ad essa in ordine ai fatti e agli atti precedenti; ma quest'assunto non tanto non è confermato quanto è contraddetto dalle regole vigenti. La confutazione, piuttosto semplice, si può basare su un argomento testuale: quale formula avrebbe usato il legislatore costituzionale se avesse voluto configurare a quel modo l'efficacia della

pronuncia d'accoglimento? Una formula semanticamente idonea e cioè tale da poter essere capita, è ragionevole supporre, sul tipo di quella che figura nell'art. 77 Cost. Qui si trattava di precisare quale fosse la sorte dei decreti governativi d'urgenza non convertiti in legge nel termine prestabilito. Ed ecco come il legislatore si è espresso: «i decreti *perdono efficacia sin dall'inizio*, se non sono convertiti in legge ...». E quale formula è stata usata nell'art. 136 per descrivere l'effetto della pronuncia d'accoglimento?: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, *la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione*». I corollari sono ormai quasi superflui: (a) le pronunce di incostituzionalità sono retroattive nel senso in cui si parla di retroattività a proposito della efficacia nel tempo di più leggi successive contenenti la disciplina sostanziale di un rapporto: vale a dire, la legge di cui si dichiara l'illegittimità non è più applicabile nemmeno ai rapporti costituiti sotto di essa; (b) se gli effetti delle norme di diritto sostanziale consistono nel dovere del giudice di pronunciare secondo la regola in esse contenuta, diverso è il modo in cui operano le regole procedurali destinate agli organi del processo: ad esempio, l'effetto dell'art. 392<sup>1</sup> consisteva nel consentire al pubblico ministero di omettere gli atti dell'istruzione formale incompatibili con il rito sommario: tale effetto si è prodotto ed esaurito ogniqualvolta un pubblico ministero ha proceduto in passato a istruzione sommaria, omettendo gli adempimenti previsti dagli artt. 304-bis, ter, quater; (c) a causa della dichiarazione d'invalidità costituzionale l'art. 392<sup>1</sup> ha cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza: ciò significa che, a partire da quel giorno, ogni pubblico ministero, sotto pena di nullità assoluta, deve rispettare le norme sull'intervento della difesa; (d) quanto agli atti compiuti in passato, la situazione è la medesima che si verifica ogniqualvolta interviene durante il processo un mutamento legislativo: le nuove norme sono immediatamente applicabili, restando fermi gli atti compiuti in base alla legge precedente secondo il canone *tempus regit actum* (sempre che una norma transitoria non stabilisca diversamente).

In conclusione, non vi è alcuna seria ragione *giuridica* per ritenere che, rispetto ai processi pendenti istruiti con il rito sommario, la decisione d'incostituzionalità invalidi la istruzione. Si potrebbe addurre

un argomento a effetto: che cioè la sentenza della Corte così finisca per non giovare all'imputato del processo nel quale l'eccezione è stata proposta; ma se fosse stata proposta a istruzione chiusa e cioè quando l'art. 392<sup>1</sup> era stato ormai applicato, la cosa non dovrebbe sorprendere; sarebbe anzi sorprendente, dati i limiti nei quali è contenuto l'accertamento di costituzionalità nel nostro ordinamento, che fosse usata come una sorta di gravame contro gli atti dell'organo giudiziario.

### 13. REAZIONI E PROSPETTIVE

Sul piano dei fatti la vicenda si è complicata in modo inverosimile in questi ultimi giorni. La Corte di cassazione, con una sentenza a sezioni unite la cui motivazione non è stata ancora pubblicata, ha ritenuto che le istruzioni compiute restino valide, e questa è una conclusione da condividere in base agli argomenti che ho addotto poc' anzi. Si noti che la Corte ha pronunciato contro le conclusioni del procuratore generale: circostanza singolare per una certa qual inversione di ruoli nell'atteggiamento stilizzato che si è soliti attribuire al giudice e al pubblico ministero. Inoltre, alcuni giudici di merito hanno subito reagito dichiarando la nullità della richiesta di citazione a giudizio e così ribellandosi alla massima dell'organo che vigila sull'esatta e uniforme applicazione della legge; è anche possibile che tali reazioni esorbitino dai limiti della pura questione di diritto e dissimolino una sorta di contrappasso che si vuole infliggere alla Corte di cassazione: come se il cataclisma procedurale di cui queste sono le avvisaglie, costituisse la risposta adeguata all'interpretazione con cui si è negato per alcuni anni l'esercizio di un diritto fondamentale del cittadino. Siamo sul piano degli umori politici, giacché dal punto di vista delle norme vigenti si è visto come la questione possa essere risolta. Nel mondo politico, poi, si è parlato di una proposta legislativa intesa ad accordare un gravame dinanzi alla Corte costituzionale contro le decisioni della Corte di cassazione, ogniqualvolta sia in gioco un *Grundrecht*, e si capisce come una riforma del genere equivalga ad affossare l'ordinamento attuale.

Insomma, reazioni discutibili e nell'opinione pubblica l'impressione che germoglino i semi di un'anarchia poco rassicurante: basti pensare alla diversa sorte degli imputati nei cui confronti si sia proce-

duto con il rito sommario, secondo che il processo ora penda dinanzi a un giudice di merito ovvero in cassazione. La crisi è certo superabile con un intervento legislativo del quale si avverte ormai l'assoluta necessità; ma comunque essa si concluda, la lezione non sarebbe valse a nulla se non si capisse che il processo è regolato da leggi di natura con le quali non si può giocare impunemente: si è potuto constatare come questa sequela d'eventi sia uno svolgimento abbastanza lineare dell'infelice trovata legislativa da cui è uscita l'istruzione sommaria. Niente di quel che è accaduto sarebbe inutile, se ci si rendesse conto che il processo penale, essendo un affare terribilmente serio, va trattato per tale; è sconcertante vedere come per cose più semplici si sia concordi nel richiedere una sufficiente chiarezza di mente e poi, quando è in gioco una fra le più importanti istituzioni civili, ci si fidi degli stregoni apprendisti.