

GUSTAVO PANSINI

*LO STATO ATTUALE DEL PROCESSO PENALE ITALIANO:
DALLA ILLUSIONE ACCUSATORIA AL RIMPIANTO INQUISITORIO*

La scelta che, nel 1989, per la emanazione del nuovo codice di procedura penale, aveva compiuto il legislatore italiano, era una scelta indubbiamente coraggiosa.

L'Italia utilizzava, in quel momento storico, uno strumento processuale che innestava in una tradizione politica liberale, che era stata il terreno di fondazione dello sviluppo degli studi processualistici italiani, una sollecitazione di tipo autoritario: il codice precedente, infatti, aveva visto la luce nel 1930, in pieno vigore della dittatura fascista, e doveva, perciò, rispondere a quella visione di "Stato forte" nel quale, ovviamente, trovavano scarso credito le preoccupazioni di garanzia delle libertà individuali.

Ma la tradizione culturale liberale, dalla quale traevano origine gli artefici di quel codice, finì con l'influenzarne l'opera e li portò ad una strenua difesa di certi valori e ad una conseguente scelta di compromessi che, come diremo di qui a poco, rivelò, col passare del tempo, in pieno la inconsistenza del sistema misto adottato.

Per completare la indicazione di quanto quella tradizione culturale liberale abbia giuocato un ruolo decisivo nella evoluzione della scienza penalprocessualistica e nella amministrazione della giustizia in Italia nel ventennio fascista, ci piace ricordare due accadimenti. Il primo, risale al momento in cui il "regime" ebbe bisogno di far ricorso ai processi politici, tradizionale strumento repressivo adottato da tutte le dittature. Ebbene, di fronte alle inevitabili resistenze della magistratura a piegarsi ai voleri del potere, il fascismo fu costretto a creare un giudice speciale, il Tribunale speciale per i crimini contro lo Stato, non composto da giudici di carriera, più pronò al suo volere.

Il secondo, risale al momento in cui il fascismo, alle prese con una guerra ormai compromessa, tentò di rifarsi il belletto chiamando insigni personaggi a responsabilità di governo. Tra questi, Ministro della Giustizia, venne nominato un grandissimo giurista, altrettanto grande come avvocato penalista: Alfredo de Marsico. Ebbene de Marsico, contemporaneamente iniziando il suo corso di procedura penale all'Università di Roma, pronunciò una lezione inaugurale in difesa della concezione del processo penale

come rapporto giuridico, di chiara ispirazione liberale e di severa critica ai cedimenti che la dottrina tedesca aveva fatto verso la politica nazista, con l'abbandono, da parte di Goldschmidt, del concetto di rapporto giuridico.

In questo clima si creò un processo misto di tipo verticale, nel senso che, ad una fase istruttoria scritta, non partecipata e quindi non garantita - cioè marcatamente inquisitoria - seguiva una fase orale, dinanzi al giudice del dibattimento, nella pienezza del contraddittorio e con il rispetto dei tradizionali principi di oralità, pubblicità, concentrazione ed immediatezza.

La scelta si appalesò ben presto illusoria. La conoscenza da parte del giudice del dibattimento della istruttoria scritta finì col determinare un pregiudizio, a totale scapito della oralità e del contraddittorio: l'oralità venne sempre più a mortificarsi ed a trasformarsi in una ritualità scenografica, in cui si registrarono significativi passaggi nella escussione delle prove in dibattimento, che divenne non il luogo della formazione della prova in contraddittorio, ma quello in cui si discuteva in contraddittorio di una prova già altrove formata. Con l'ulteriore aggravamento della alterazione della parità tra le parti, poiché una delle due si trovava non già a dover convincere il giudice, ma a dover modificare un convincimento che il giudice si era già formato. Ed infatti, nella applicazione quotidiana del codice, questo subì una trasformazione di fatto: dalla dichiarazione orale, da confrontarsi con quella resa in precedenza e scritta, alla previa lettura di questa per chiedere al dichiarante se la confermasse o avesse da apportarvi modifiche, fino alla prassi - censurata da Gaetano Foschini in un suo scritto avente proprio questo titolo - del **“dar per letto”**; il tutto passando per una prevalenza istintiva che il giudice dava alle dichiarazioni rese in precedenza, perché rese in epoca più vicina al fatto, con un ricordo più vivo, senza la presenza delle parti, senza la pubblicità del dibattimento, prima che sul dichiarante potesse esercitarsi una qualche forma di pressione o di intimidazione.

Svuotato di ogni contenuto il dibattimento e, quindi, vanificata la funzione mitigatrice del carattere inquisitorio del sistema, costituito appunto da esso, sempre più pressanti si fecero le istanze per una riforma che rivalutasse tale fase. E, con la felice espressione di Michele Massa, la dottrina assunse posizioni sempre più decise in tal senso: “la aspirazione ad un processo moderino é la aspirazione ad un tavolo del giudice sgombro di

carte e ad una mente del giudice sgombra di pregiudizi”, così scriveva Massa.

La riforma del 1989 si mosse in tal senso: la fase istruttoria si trasformava in “indagine”, senza che sul tavolo del giudice giungesse poi lo scritto di tale fase, finalizzata esclusivamente alla formazione della tesi del pubblico ministero, sia per consentirgli di individuare la sussistenza delle condizioni per l’esercizio dell’azione penale, sia per sostenere, poi, eventualmente l’accusa in giudizio. Si superava, quindi, quella esigenza che era apparsa pressante, dopo la trasformazione della forma di stato conseguente alla caduta del fascismo, per adeguare ai principi della nuova Costituzione il codice di procedura penale: l’accentuazione della partecipazione della difesa alla fase istruttoria. Il che aveva fatto la Corte costituzionale ed il legislatore modificando in tal senso molte norme del codice, dando vita a quella situazione ibrida che, efficacemente, Amodio aveva definito di **garantismo inquisitorio**.

Per una fase di indagine non finalizzata alla formazione della prova, il cui luogo esclusivo veniva collocato nel dibattimento, non vi era bisogno che vi fosse assicurato il contraddittorio: il potere del pubblico ministero poteva esercitarsi in tutta la sua pienezza, accresciuto, quindi, rispetto al vecchio codice, perché esso si inseriva in quella fase che il codice aveva voluto caratterizzare anche nominativamente in modo diverso: **procedimento** e non **processo**.

Un attento dosaggio di equilibri e opportuni bilanciamenti di interessi facevano apparire il nuovo codice come un saggio punto di incontro fra le non rinunciabili tradizioni inquisitorie dei processi di *civil law* e l’apertura alle più moderne e democratiche strutture mutuata dai sistemi di *common law*.

Per la verità, il giudizio che oggi siamo in grado di esprimere sull’efficacia dello schema normativo del codice del 1989 è un giudizio, per così dire, maturato *in vitro*. Quella svolta legislativa non ebbe, in realtà, nemmeno il tempo di essere sperimentata, perché prima la prassi giurisprudenziale, poi le manipolazioni della Corte costituzionale, infine gli interventi a pioggia del legislatore con modifiche alle norme del codice, finirono con lo snaturare la neonata riforma.

Il ripescaggio di un principio di “*conservazione della prova*” che con una ardita operazione di ermeneutica costituzionale la Corte costituzionale ebbe ad operare, e le conseguenti modifiche apportate in sede di miniriforma al codice, distrussero la barriera che separava la fase procedimentale da quella processuale.

Seguiamo per un momento l’*iter* logico seguito dalla Corte costituzionale.

Norma fondamentale ed insuperabile di tutto il sistema costituzionale é costituita dal principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost. It.). A questo principio si agganciano, nel processo, altri due principi: quello della obbligatorietà dell’azione penale e quello della indipendenza del pubblico ministero. Alla luce di questi principi, la Corte Costituzionale ha ritenuto di poter affermare che “*fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità, perché in un ordinamento improntato al principio di legalità, che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate, nonché al connesso principio della obbligatorietà dell’azione penale non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino il processo di accertamento del fatto storico, necessario per pervenire ad una giusta decisione*”. Ogni forma, quindi, di disponibilità della prova, non atteggiandosi in maniera diversa dalla disponibilità, non consentita, dell’azione penale, finiva con il violare il principio di uguaglianza; e, pertanto, tutte quelle cause di inutilizzabilità di prove che derivassero da ragioni diverse da cause naturali (ad es., la morte del testimone), non potrebbero trovare accesso, in un sistema che, evidentemente, alla luce di quei ricordati principi, privilegia la verità reale rispetto a quella processuale.

La conseguenza di questa affermazione è stato il recupero, operato dalla Corte prima e dal legislatore poi, di tutto il materiale probatorio che era stato raccolto nella fase delle indagini, da una parte (il pubblico ministero), in assenza di contraddittorio. Uno svilimento, quindi, del concetto di **contraddittorio per la prova**, e di quello di **centralità del dibattimento**, come momento esclusivo della formazione della prova, sui quali il legislatore aveva organizzato tutta la costruzione del nuovo processo penale.

Vediamo, ancora da vicino, i tre più clamorosi esempi di questo stra-

volgimento.

In quel ricordato equilibrio fra interessi contrapposti, di cui si è detto, il legislatore aveva costruito una norma estremamente complessa, quella dell'art. 500: *“le parti per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione resa in dibattimento possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese...ma queste non possono costituire prova dei fatti in essa affermati e possono essere valutate dal giudice solo per stabilire la credibilità della persona esaminata”*. Una riaffermazione forte, quindi, del principio di centralità del dibattimento, come luogo esclusivo per la formazione della prova in contraddittorio; ma anche una prudente affermazione che il fatto storico che il dichiarante avesse reso diverse dichiarazioni in precedenza, pur senza costituire queste prova dei fatti in esse affermati, non poteva passare inosservato e avrebbe potuto incidere sull'apprezzamento della veridicità di quanto affermato in dibattimento. Se il dichiarante avesse detto in fase di indagini: “l'auto del rapinatore era nera” e in dibattimento “era bianca”, il giudice non avrebbe mai potuto affermare che l'auto era nera, ma ben avrebbe potuto dire: non credo che l'auto fosse bianca.

La limitazione nella efficacia delle dichiarazioni rese fuori del dibattimento veniva fatta cadere dalla Corte Costituzionale; e se anche il legislatore accompagnava successivamente con garanzie ulteriori la efficacia di tali dichiarazioni (necessità che non fossero l'unico elemento di prova, accertamento che la difformità fosse consequenziale a minacce, violenze o altro subite dal dichiarante), si dava uno scossone al sistema: il dibattimento non era più l'unico luogo di formazione della prova; questa poteva essersi formata anche fuori del dibattimento.

Il secondo momento conseguì alla sentenza con cui venne dichiarata illegittima la norma che vietava l'utilizzo delle dichiarazioni rese fuori del dibattimento, allorché il coimputato o l'imputato in altro procedimento connesso, si fosse in dibattimento avvalso (sulla base del principio, vigente nel nostro ordinamento, del *nemo tenetur se detegere*) della facoltà di non rispondere. Anche qui, malgrado il successivo sforzo del legislatore di accompagnare la utilizzabilità di tali dichiarazioni con una serie di accorgimenti limitativi, più o meno analoghi a quelli or ora ricordati, si segnava la introduzione di un ulteriore elemento spurio nel sistema.

Il terzo momento venne rappresentato dalla sentenza con la quale la Corte Costituzionale espulse dall'ordinamento la norma che vietava alla polizia di riferire il contenuto di dichiarazioni rese ad essa durante le indagini: attraverso il riferimento fatto dalla polizia, confluivano nella formazione del convincimento del giudice elementi di prova che non si erano formati dinanzi a lui e nell'ambito del contraddittorio.

La conseguenza di tale mutata struttura processuale era questa: il dosaggio di equilibri che aveva usato il legislatore aveva consentito, come si diceva, di allargare i poteri del pubblico ministero in fase di indagini, sul presupposto che questa non avesse valore probatorio. Il successivo riconoscimento del valore probatorio di essa, portava ad uno sbilanciamento del processo in favore del pubblico ministero, paradossalmente un processo che vedeva garantito il contraddittorio addirittura in misura minore di quanto non lo fosse nel codice precedente, quando, almeno, i poteri del pubblico ministero erano più ridotti e il contraddittorio consentito anche in fase di indagini, nella prospettiva che essa fosse successivamente utilizzata per la ricostruzione dei fatti.

Un altro fronte veniva, peraltro, contemporaneamente ad aprirsi, incidendo anch'esso sul principio della formazione della prova in dibattimento. Tutto un filone innovativo della struttura originaria del codice, sulla spinta di sollecitazioni derivanti dalla incongrua visione del processo come strumento di lotta alla sempre più dilagante criminalità (specie quella legata alle grandi organizzazioni criminali): il codice era nato all'insegna del principio tendenziale "un reato, un processo; un imputato, un processo", nella ottica di una definizione più rapida delle vertenze giudiziarie. Questo aveva comportato, peraltro, la necessità della ripetizione delle medesime assunzioni probatorie in più procedimenti. Di qui le intervenute modifiche al codice con la attuazione della *circolazione della prova*: una prova formata in un procedimento vale anche in altri procedimenti.

E' ben evidente quanto una normativa di questo genere finisse con l'incidere sulla struttura del processo: la prova formata in un processo é una prova formatasi in altro contesto di contraddittorio, cioè in un contraddittorio fra altre parti, senza che parti di questo diverso contraddittorio potessero esercitare quel diritto ad esaminare le prove, che, pure è garantito da accor-

di internazionali (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; Convenzione Europea per i Diritti dell'uomo). Ancora una volta il codice, concepito come esaltazione del principio del **contraddittorio per la prova**, si riduce e si svilisce ad un mero contraddittorio sulla prova; esso, cioè, ritorna nell'alveo del processo come speculazione dialettica su materiale probatorio alla cui formazione le parti, o almeno una di esse, non hanno partecipato.

Il terzo settore nel quale ha inciso in maniera notevole la tendenza riformatrice, contrastante con la ispirazione originaria del codice, è quello della regolamentazione della libertà personale.

Paradossalmente, le modifiche pur di segno opposto, hanno confluito in un risultato negativo per la struttura del codice e delle garanzie individuali.

La struttura prescelta era quella della sottrazione al pubblico ministero del potere di incidere sulla libertà personale dell'indagato, riservandogli soltanto un potere di richiesta al giudice di emissione di misure limitative di questa. Un giudice che, non partecipando alle indagini, doveva atteggiarsi come giudice perfettamente *terzo*, in grado di valutare con obiettività la richiesta del pubblico ministero. Emesso, per ovvie necessità di **sorpresa**, il provvedimento *inaudita altera parte*, si aveva l'immediato ripristino del contraddittorio, attraverso l'interrogatorio dell'arrestato da svolgersi, a pena di caducazione, entro cinque giorni, da parte dello stesso giudice autore del provvedimento cautelare. Dopo di che si instaurava la possibilità della impugnazione dinanzi ad un giudice collegiale di merito e - dopo o direttamente, *per saltum* - dinanzi la Corte Suprema. Struttura, questa disegnata, che appariva come il massimo delle garanzie che potessero prevedersi nell'ambito del più volte ricordato bilanciamento di interessi.

Già la prassi evidenziò le disfunzioni del sistema: la tendenza alle cosiddette *maxi-inchieste*. investendo (per la verità anche contro la ispirazione originaria del codice, che privilegiava la separazione dei processi) un numero rilevante di imputati e di reati (spesso gli uni e gli altri raggiungono parecchie centinaia!), ha determinato una difficoltà di controllo iniziale sulla richiesta del pubblico ministero da parte di un giudice, costretto allo studio di migliaia di atti, ed una sorta di consequenziale tendenza all'affidamento

sulla fondatezza di questa, che ha finito col rendere evanescente il controllo. Ma ancor più, dopo l'instaurazione del contraddittorio, lo studio nei ristretti termini temporali di una quantità enorme di atti, ha reso sempre più evanescente anche questo secondo controllo da parte del giudice dell'impugnazione. E la reazione legislativa ad ulteriormente ridurre, sia pure in chiave garantista, i termini di tale controllo, attraverso modifiche che non è qui il caso di elencare, ha paradossalmente aggravato la situazione di un processo che, sul tema fondamentale della restrizione anticipata della libertà personale, finisce con l'affidarsi essenzialmente alle scelte di una parte; peggio, di quella parte che, nella ottica originaria di accrescimento dei suoi poteri in vista di una non utilizzabilità della sua attività ai fini del giudizio, è, viceversa, predominante, se non onnipotente.

Sempre in tema di libertà personale, poi, la situazione è stata ulteriormente aggravata dalla costante tendenza all'allungamento dei termini massimi di custodia cautelare, anch'essa conseguenza della scelta, quanto mai improvvida, operata a monte, di privilegiare i processi con molti imputati e per molti reati, rispetto a quelli individualizzati sia soggettivamente che oggettivamente. Di fronte alla sempre più frequente impossibilità oggettiva di conclusione del processo entro termini ragionevoli, e al conseguente sempre più frequente verificarsi di scarcerazioni, anche di pericolosi delinquenti, per avvenuto decorso del termine massimo di carcerazione preventiva, il legislatore, non riuscendo ad operare sulla riduzione dei tempi del processo, ha operato sull'allungamento dei termini di custodia preventiva e sulla introduzione di una serie di eccezioni, interruzioni e sospensioni di questa, che la hanno riportata a quei termini lunghissimi, al di là della ragionevolezza, che erano propri del vecchio codice e rispetto ai quali il nuovo codice aveva segnato una inversione di tendenza.

Quello che sinora si è detto riguarda gli aspetti tecnici del processo. Molto ci sarebbe da dire a questo punto su altre cause dello stravolgimento della struttura del processo, sul conseguente abbandono della scelta accusatoria e sugli effetti che questo ha determinato sul funzionamento stesso della giustizia penale in Italia: ma si tratta di considerazioni di natura politica più che strettamente giuridica.

Solo per accenno dirò che questo accresciuto potere endoprocessuale

dei pubblici ministeri ne ha accresciuto un potere extraprocessuale, facendo registrare veri e propri sconfinamenti in settori che spettano ad altri poteri. A ciò si è aggiunta una legislazione penale sostanziale che, attraverso la formulazione di fattispecie di vago ed impreciso contenuto, consente la ipotizzazione di condotte asseritamente rilevanti sotto il profilo penale, e conseguentemente apre la strada ad iniziative politiche del pubblico ministero, che ha portato a coniare la espressione: *il partito dei pubblici ministeri*. Anche all'estero credo sia giunta l'eco di iniziative processuali che, inserite in momenti di particolare rilevanza internazionale, hanno portato a rovesciamenti di maggioranze; a pesanti condizionamenti che il potere legislativo ha subito nelle sue scelte ad opera di alcuni pubblici ministeri, particolarmente in vista.

Come si diceva, peraltro, queste sono considerazioni sulle quali ci si può fermare in altra sede, essendo questa sede esclusiva di discorsi scientifici. Ed il discorso conclusivo che va fatto è il seguente. L'Italia aveva un codice che, per la sua origine autoritaria, era stato strutturato in una ottica marcatamente inquisitoria e nel quale - peraltro per un fenomeno naturale - si era andato sempre più indebolendo il momento ipotizzato come accusatorio, a ulteriore vantaggio della scelta inquisitoria. Su questo tessuto erano intervenuti la Corte Costituzionale ed il legislatore, con una serie di modifiche che, pur senza intaccarne, per quanto detto all'inizio, la struttura inquisitoria, la avevano accompagnata con alcune previsioni garantistiche, sicché ebbe vita quel processo **inquisitorio garantito**.

La rivoluzione copernicana operata con il codice del 1989, aveva fatto disegnare un codice marcatamente accusatorio; ma le successive modifiche, pur avendo come solo fine immediato quello di allentare la spinta accusatoria, hanno invece avuto l'effetto indotto di dar vita ad una struttura concreta del processo in cui ad una parte è riconosciuto un potere così dilatato, che influenza tutto il sistema: il processo è oggi un processo **accusatorio non garantito**. Ma la assenza di garanzie contraddice, eliminandola, ogni parvenza di accusatorietà, portando a quello che, nel titolo di questa relazione, ho polemicamente indicato come **il rimpianto inquisitorio**.

A questa amara conclusione mi porta anche un'ultima osservazione. Gli interventi della Corte Costituzionale - quelli che abbiamo qui citato,

perché più significativi, e i numerosi altri che si sono succeduti non hanno messo in discussione questa o quella norma, ma con la individuazione - ripeto, estremamente discutibile - di principi costituzionali per il processo, quali quello della *conservazione della prova* o della *esigenza della verità reale* hanno finito col mettere in discussione proprio la stessa struttura accusatoria del processo. Anche io, quando sono stato chiamato ad ipotizzare la stesura di norme che, pur muovendosi nel segno, non deviabile, delle sentenze della Corte Costituzionale, ne riducessero la portata esplosiva, ho incontrato grosse difficoltà nel rendere compatibile una diversa struttura con i principi enunciati dalla Corte.

E non so davvero come si possa pensare di riequilibrare il tasso di accusatorietà del processo senza incorrere in nuove censure della Corte Costituzionale, la cui scelta mi pare di una chiarezza estrema: non il processo accusatorio, ma quello inquisitorio garantito.

L'amarezza di un convinto assertore della validità del processo accusatorio sta tutta nella constatazione che, per accrescere le garanzie, dovremo probabilmente ritornare ad uno schema inquisitorio.